Ryck

Die

Lehre von den Schuldverhältnissen

nach gemeinem Deutschen Recht.

Mit Rücksicht auf particulare und fremdländische Gesetzgebung

systematisch dargestellt

von

Dr. RICHARD RYCK,

Landgerichtsrath in Berlin.

II.

Berlin 1887.

R. v. Decker's Verlag

G. Schenck.

Druck von H. S. Hermann in Berlin.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

6. Abschnitt: Die gegenseitigen Schuldverhältnisse.

5. Abschnitt: Die alternativen Schuldverhältnisse.

Bartholomaeus Chesius, Interpretationes juris. Florentiae 1659 lib. I c. 50 nr. 32—106. J. N. Hertius, Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita. Giess. 1699. Comm. et opusc. vol. I tom. 3. de Brassier, De causis alternativis, Diss. Heidelb. 1821. Greiffenhagen, Die alternative Obligation des römischen Rechts. Reval 1856. Fitting, Die rechtliche Natur der Correalobligationen. S. 136 flgd. Erl. 1859. J. F. Arendt, De vi ac potestate obligationis alternativae. Berol. 1866. M. Berwin, De vi ac potestate obligationis alternativae. Berol. 1866. M. de Thielmann, De obligatione alternativa. Berol. 1866. S. Lindheimer, De disjunctiva obligatione. Berol. 1867. J. P. Muth, De obligatione alternativa. Berol. 1867. Regelsberger, Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Ihering's Jahrb. für Dogmatik XVI S. 159 flgd. E. Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und die alternative Obligation, 1878, und Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft II S. 392 flgd. Rivier, Alternativobligation in v. Holtzendorff's Rechtslexicon, 3. Aufl. S. 80 flgd. O. Nanne, Die Disjunctivobligation. Heidelb. 1880. Pescatore, Die sog. alternative Obligation. Marb. 1880.

§ 28. Einleitung: bisherige Theorien.

I. Perfectionstheorie. Gemeiniglich wird das Wesen der alternativen Obligation dahin angegeben, daß duae res in obligatione, una in solutione. Dies bedeutet ein zwiefaches, d. i. auf einen zwiefachen Gegenstand gerichtetes Verpflichtetsein, das schon an sich rechtlichen Bestand[1]) hat und ohne Rücksicht auf die demnächstige Entscheidung der Alternative in voller Perfektion vorhanden ist. Die alternative Obligation erscheint danach als ein perfektes zweigliedriges Schuldverhältniß, welches durch die Leistung des einen Gegenstandes vollständig aufgehoben wird.

II. Bedingungstheorie. In Widerspruch mit dieser Auffassung tritt zunächst eine Reihe von Schriftstellern, welche zwar an der Zweiheit des Gegenstandes festhalten[2]), aber bezüglich jedes Gegenstandes ein Bedingungsverhältniß annehmen, so daß jeder Gegenstand nur unter der Bedingung geschuldet wird, daß demnächst seine Leistung, nicht aber die Leistung des

[1]) Glossa ad l. 25 D. de const. pec. 13, 5 v. illud]: duae res sunt in obligatione, sed una est in solutione, quia solutione unius rei tollitur obligatio ad l. 5 § 2 D. qui et a quibus 40, 9 v. rescindere] v. stipulatoris] et saepius.

Fernere Citate bei Pescatore S. 8 Note 1.

Hinzuzufügen: Dernburg, Pand. II § 27 Note 4: „die Obligation ist mit dem Contracte fertig und umfaßt — alternativ — beide Schuldobjecte."

[2]) Z. B. Donellus ad l. 106 D. de V. O. 45, 1, nr. 10: ambae sunt in obligatione, non altera duntaxat.

anderen erfolgt. Hierbei ist bald von einer wahren Bedingung: Suspensiv-[1]) oder Resolutiv[2]) -Bedingung („si alterum datum non esset"), bald bloß von einer Conditio tacita[3]) oder dem Analogon[4]) einer Bedingung (conditioni simile, l. 9 pr. D. de opt. leg. 33, 5) die Rede. Gegen diese Auffassung und die Idee der Zweiheit des Gegenstandes überhaupt wendet sich.

III. Die sog. Pendenztheorie. Dieselbe geht dahin, daß nicht beide Gegenstände, auch nicht in bedingter Weise beide, sondern nur ein Gegenstand in obligatione, aber ungewiß, welcher von beiden es sei, und dies sich erst mit der Leistung entscheide. Diese Theorie findet sich bereits in aller Schärfe ausgesprochen bei Bartholomäus Chesius[5]) und zwar mit entschiedener Ablehnung der Rückziehung in der richtigen Erkenntniß, daß diese die Annahme einer bedingten Obligation nöthig machen würde.[6]) Fitting (Correalobl. S. 140—141, 150, 156) nimmt ebenfalls ein Pendenzverhältniß an, substituirt zwar der Leistung die Wahl (electio) des einen Gegenstandes als das die Ungewißheit beseitigende Moment, bemerkt jedoch, daß die Wahl definitiv und bindend erst durch volle Leistung des einen der beiden Gegenstände geschehe und läßt es im übrigen dahin gestellt, ob Eine Obligation von bestimmtem Dasein, aber unbestimmter objectiver Beschaffenheit, oder mehrere Obligationen von bestimmter Beschaffenheit, aber noch unbestimmtem

[1]) Z. B. Donellus, ad tit. D. de V. O. 45, 1 ad l. 1 § 5 nr. 7, 8 ad l. 105 nr. 1, ad l. 106 nr. 2. Dionys. Gothofredus ad l. 16 D. eod.

[2]) Girtanner, Bürgschaft S. 75 flgd., S. 397 flgd., S. 568 (vgl. dazu Pescatore, § 5 Note 1). Muth p. 4: omnes autem res ad obligationem sunt positae (l. 128 D. de V. O.) ac resolutiva quidem conditione. cfr. Pfeiffer, Diss. inaug. de oblig. correalibus. Berolini 1867, p. 2.

[3]) Alciatus ad l. 1, l. 2 § 1 D. de V. O.

[4]) Duarenus ad l. 16 D. de V. O.: Stipulatio quasi sub conditione contracta intelligitur, ut Stichus detur, nisi detur Pamphilus, l. 2 § 1 eod.

[5]) Chesius, interpret. juris c. 50 § 65: Et existimo in stipulatione generis et quoties unus ex genere debetur (ex gr.) homo, non singulos homines esse in obligatione nec quidem eorum quemque sub conditione, si solutus fuerit ....

Idem dicimus de obligatione alternativa, in qua non utrumque, sed alterutrum debetur; itaque dum alterutrum solvitur apparet id solvi, quod debetur. nec tamen opus est id, quod solvitur, retro fingi in obligatione fuisse. § 67: nulla fit retrotractio, § 69: tunc debita, cum sunt soluta, non ab initio contractae obligationis. cfr. § 32: ex solutione declarari quis fuerit in obligatione. § 71: unica res est in obligatione eaque incerta. Ebenso hält Bernstein a. a. O. S. 97—99 die „Retrotraction nicht für nothwendig" und faßt die alternative Obl. als suspensives, nicht-retrotractives Pendenzverhältniß. (S. 90, 100—101.)

[6]) Chesius l. c. § 68: Si enim id ita esset (sc. ut ex post facto fingatur retro speciem solutam in obligatione fuisse), contingeret in alternativa, pro ut et in aliis, in quibus ex post facto declaratur, quid antea fuerit, nempe diceretur esse in pendenti, quid deberetur et esset conditionalis obligatio. Es wird hier ganz richtig die Pendenz in Folge einer Bedingung der Pendenz in Folge Unbestimmtheit des Objects entgegengesetzt. Diesen Unterschied verkennt Pescatore S. 42, 43 bei seiner Opposition gegen Fitting.

Dasein anzunehmen seien. Darüber, wie das Verhältniß vor der Wahl zu charakterisiren sei und ob Rückziehung stattfindet oder nicht, äußert er sich nicht. Seine Ansicht bietet somit Nichts vom Standpunkt des Chesius wesentlich Abweichendes.

IV. Vermittelungstheorien. Die Perfectionstheorie ist heutzutage noch die überwiegend vertretene, nur daß sich bei einzelnen ihrer Anhänger eine Hinneigung zur Pendenztheorie bemerklich macht. Hieraus erklären sich die vermittelnden Theorien von Windscheid und Brinz. Nach des Ersteren Ansicht (Pand. § 255, Note 5) ist da, wo der Gläubiger die Wahl hat, jeder Leistungsinhalt sogleich in obligatione, während, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht, sich „sofort von keinem Leistungsinhalt sagen lasse, daß gerade er verschuldet werde", sondern „erst durch die wirkliche Leistung sich der verschuldete Gegenstand herausstelle", obschon insofern, als „der Schuldner in Beziehung auf keinen ungebunden ist, sich auch in diesem Falle sofort von jedem Leistungsinhalt sagen lasse, daß er in obligatione sei". Nach Brinz (Pand. II, 1 § 242, 2. A.) besteht ein Unterschied dahin, daß wo dem Haftenden die Wahl „gelassen" ist (d. h. nach der Natur der alternativen Obligation ihm von selbst verblieb), nur in Ansehung des „Daß", nicht aber in Ansehung des „Was" ein Müssen bestehe, vielmehr könne und dürfe der Schuldner sich durch das eine oder andere befreien, wogegen da, wo die Wahl dem Gläubiger oder Schuldner gegeben, d. h. ausdrücklich eingeräumt und der Wählende an die einmal erklärte Wahl gebunden sei, der eine der beiden Gegenstände, nur ungewiß welcher, geleistet werden müsse, hier also ein Müssen auch hinsichtlich des Was bestehe.

V. Einheits- und Mehrheits-Theorien. Eine eingehende Erörterung hat in neuerer Zeit eine von der älteren Theorie[1]) kaum gestreifte Frage erfahren: ob nämlich die alternative Obligation als eine Mehrheit von Obligationen, die zu einander in einem alternativen Verhältniß stehen, oder nur als eine einzige Obligation mit alternativem Inhalt aufzufassen ist. Obwohl einzelne Schriftsteller[2]) sich mit Entschiedenheit in ersterem Sinne ausgesprochen haben, wird sie annoch überwiegend[3]) im letzteren Sinne beantwortet. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt hier Pescatore (S. 77—79) ein, indem nach ihm Einheit der Obligation da, wo dem Schuldner, eine Mehrheit

[1]) Gl. ad l. 25 pr. D. quando dies 36, 2 v. non facit] unum (sc. legatum) est, quod est verum, quantum ad unam solutionem, sed plura possunt dici, quia plures res enumerantur. Cujacius in lib. 18 quaest. Papin. ad d. l. Scipio Gentilis, de dividuis et indiv. obl. c. 9 (tom. 1 p. 120): sed tamen una tantum species solvi debet eoque respectu recte dicitur una esse obligatio, item unius rei legatum. Franciscus Ramos del Manzano, de verb. oblig. recitationes pars I, 3 c. 4 § 2 in Meerm. Thes. VII p. 168, v. Gülchen praes. Kurrer, de oblig. altern. Tubing. 1686. p. 3: juris vinculum, quo quis disjunctivo modo ad aliquid praestandum adstringitur.

[2]) Z. B. de Thielmann p. 74. Unger, österr. Erbr. § 76 Anm. 1.

[3]) Z. B. Berwin p. 2 und die von ihm p. 4 Citirten. Muth p. 5. Indifferent: Fitting, Correalobl. S. 142 zu Anm. 170.

electiv concurrirender Obligationen aber da Platz greift, wo dem Gläubiger die Wahl zusteht.

Eine Nebenfrage hierbei ist, ob die alternative Obligation eine obligatio certa oder incerta.[1])

Wie die vorstehende Uebersicht der Hauptmeinungen zeigt, machen sich innerhalb der Theorie der alternativen Obligation sehr erhebliche, scheinbar unversöhnliche Gegensätze geltend. Dies hat darin seinen Grund, daß man unter dem Begriff der alternativen Obligation verschiedenartige Verhältnisse zusammenfaßte und, je nachdem man von der einen oder anderen Art ausging und die dabei gefundenen Grundsätze auf alle Arten ausdehnen wollte, zu verschiedenen Resultaten kommen mußte. Die Nothwendigkeit einer Scheidung hat man wohl empfunden, diese aber bisher nicht erfolgreich durchgeführt. Nach dem Resultat meiner Forschungen ist zu unterscheiden zwischen alternativer Pendenz und alternativer Obligation. Nach Ausscheidung der Pendenzfälle wird sich die Theorie der eigentlichen alternativen Obligationsfälle richtig stellen lassen. Zwar bieten letztere selbst wieder eine Verschiedenheit unter sich dar, insofern bald dem Schuldner, bald dem Gläubiger die Wahl zusteht. Dieser Unterschied ist jedoch nicht von principieller Bedeutung und rechtfertigt keine Verschiedenheit der Construction.[2]) Zur Gewinnung der Grundlagen ist vorab einzutreten in eine Erörterung des Wesens und der Fälle der rechtlichen Pendenz überhaupt und daran die alternative Pendenz und die alternative Obligation zu schließen.

A. Pendenz der Rechtsverhältnisse.

§ 29. Pendenz und Pendenzfälle.

An einem Rechtsverhältnisse sind drei wesentliche Momente zu unterscheiden: seine Substanz (Rechtsstoff, Rechtsinhalt), sein Subject und sein Object.

Rechtssubstanz ist das specifische rechtliche Können und Müssen. Diesem ist immanent die Beziehung auf ein Subject und Object. Das Können und Müssen als Stoff und Inhalt eines Rechts oder einer Pflicht ist nicht abstractes Können und Müssen, nicht abstracte Potenz und abstracte Beschränkung der Potenz, sondern diese in Verknüpfung mit einem Subject und in Beziehung auf ein Object. Activsubject ist das Subject eines Könnens, Passivsubject ist das Subject eines Müssens. Die Rechtssubstanz ist gerichtet auf einen realen Erfolg, auf Bethätigung an einem Objecte. Wohl zu unterscheiden von dieser begrifflichen Immanenz der subjectiven und objectiven Beziehung der Rechtssubstanz ist das thatsächliche Vorhandensein von Sub-

---

[1]) S. hierüber Puchta, Instit. II § 165. de Thielmann p. 75. Lindheimer p. 8 sqq.

[2]) wie dies Pescatore S. 70 glaubt.

ject und Object. Jene Beziehung an sich ist unabhängig von der Präsenz der letzteren, wie diese unabhängig von jener. Ein Rechtsverhältniß wird perfect, wenn seine wesentlichen Momente: das substantielle, subjective und objective, zusammentreffen.

Ein Rechtsverhältniß ist pendent, wenn das Eintreffen bezw. Wiedereintreffen eines seiner wesentlichen Momente noch unentschieden ist.

Es sind möglich:

subjective und objective Pendenz, substantielle Pendenz, und Pendenz sämmtlicher Momente (totale Pendenz).

1. Subjective Pendenz

liegt vor, wo unentschieden ist: ob und wer Subject eines Rechts oder einer Verbindlichkeit werden, oder ob das bisherige Subject ausscheiden und ein anderes an seine Stelle treten wird (Eintritt und Aenderung des Subjects). So bei der Rücksichtnahme auf einen oder mehrere Nascituri[1]), beim successiven Vermächtniß (Familien-Fideicommiß), bei ruhender Erbschaft, so lange sich noch nicht der Erbe gefunden, ferner in den Fällen, wo die Person des Berechtigten erst durch Wahl oder einen sonstigen Umstand bestimmt wird, z. B. wenn der Vermächtnißnehmer aus einem gewissen Personenkreise genommen werden soll oder bei der Lebensversicherung, in Folge der Befugniß des Versicherungsnehmers, endgültig die Person des Beneficiars (Destinatars) zu bestimmen.[2])

Ferner konnte sich beim servus fructuarius fragen, ob der Erwerb durch ihn dem Eigenthümer oder Nießbraucher zufällt.[3]) Ebenso hing beim peculium castrense von dem Umstande, ob der Haussohn ein Testament errichtete und die Erbschaft daraus angetreten wurde, ab, ob der Vater vom Peculium ausgeschlossen war oder dieses an ihn zurückfiel.[4]) Ferner handelte es sich beim jus postliminii und der fictio legis Corneliae darum, ob der Kriegsgefangene wieder in sein Recht eintrat[5]) oder sein Vermögen auf seine Erben[6]) überging. Ferner ist vor der Agnoscirung des Vermächtnisses unentschieden, ob dasselbe dem Vermächtnißnehmer verbleiben oder an den Erben zurückfallen wird[7]), ebenso bei drohender querela inofficiosi, ob der heres scriptus die Erbschaft behalten oder sie an den Kläger verlieren wird.[8]) Auf subjective Pendenz führen sich endlich alle Fälle bedingter Rechtsüber-

[1]) l. 3 D. si pars hered. 5, 4.

[2]) Vgl. Scherer, Unterliegt die Versicherungssumme dem Zugriff der Gläubiger in Jhering's Jahrb. Bd. 20 S. 150, 167. Entsch. des Reichsgerichts I S. 191, 192, 380.

[3]) l. 25 § 1 D. de usufr. 7, 1: interdum in pendenti est, cui acquirat iste fructuarius servus l. 43 § 2 D. de A. R. D. 41, 1.

[4]) l. 9 l. 19 § 3, 5 D. de castr. pec. 49, 17.

[5]) l. 12 § 1 l. 16 D. de captiv. 49, 15.

[6]) Ulp. XXIII § 5. Paulus III, 4 § 8 l. 1 pr. l. 22 D. de suis et legit. 38, 16.

[7]) Gaj. II § 195, l. 86 § 2 D. de leg. I (30).

[8]) l. 21 § 2 l. 8 § 16, 17 D. de inoff. test. 5, 2.

tragung zurück, da sich hier fragt, ob ein Subjectswechsel stattfinden wird oder nicht.

2. Objective Pendenz

ist die Unentschiedenheit des Rechtsverhältnisses von Seiten seines Objects. Sie liegt vor z. B. bei Verträgen über künftige Sachen, indem diese nicht als bedingt durch die Existenz der Sache, sondern als unbedingte Verträge mit pendentem Object[1]) anzusehen sind, ferner, wo das Object durch Auswahl zu bestimmen ist (optio vel electio data), ferner beim Nießbrauch an einer Heerde bezüglich des zur Ergänzung der Heerde erforderlichen Theils des Nachwuchses, da dieser nicht in den Fructus fällt, sondern dem Eigenthümer gebührt, bevor aber die Aussonderung geschehen, bei den einzelnen zum Nachwuchs gehörigen Stücken in pendenti ist, ob sie dem Eigenthümer oder Nießbraucher gehören.[2]) Eine Pendenz im Object ist es auch, wenn die Festsetzung eines Kauf- oder Miethspreises durch einen Dritten erfolgen soll.[3])

3. Substantielle Pendenz

bedeutet die Unentschiedenheit der Rechtssubstanz nach Entstehung, Bestand und Untergang. Hinsichtlich der Entstehung und des Unterganges ist sie die Folge einer Suspensivbedingung: und zwar eigentlichen Bedingung oder suspensiven conditio juris. Hinsichtlich des Bestehens würde die Resolutivbedingung im Sinne der älteren Theorie in Betracht kommen, außerdem aber die Rechtsfiktionen, kraft deren das einstweilen Bestandene bei Eintritt eines Ereignisses als niemals vorhanden gewesen[4]), wie das einstweilen Untergegangene als niemals untergegangen[5]) erachtet wird.

§ 30. Bisherige Theorie.

Die bisherige Theorie über die Natur der Pendenz hat besonders folgende Fälle einer näheren Erörterung unterzogen: 1. die Substanz des Rechtsverhältnisses ist bereits gesetzt, und es fragt sich, ob ein subjectsloser Bestand derselben möglich ist; 2. die Substanz des Rechtsverhältnisses ist noch in der Bildung begriffen, und es fragt sich, inwiefern etwa den gegebenen einzelnen Bildungsmomenten schon für sich Realität und rechtliche Consistenz zukommt.

Ihering[6]) nimmt für diese Fälle eine „passive Wirkung" oder „passive Seite des Rechts" an und unterscheidet deren Funktionen in zwiefacher Weise:

---

[1]) l. 1 pr. § 3 D. de cond. 35, 1. l. 8 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

[2]) l. 68 § 1, 2, l. 69, l. 70 § 1, 5 D. de usufr. 7, 1. l. 12 § 5 eod.

[3]) Gaj. III § 140 l. ult. C. de contr. empt. 4, 38.

[4]) Z. B. das vom heres scriptus bestellte jus in re bei demnächstiger Rescission des Testamentes in Folge der querela inofficiosi.

[5]) l. 21 § 2 D. de inoffic. test. 5, 2, l. 57 pr. D. de usufr. 7, 1.

[6]) Jahrb. f. Dogmatik Bd. X S. 392 flgd., 406 flgd. Gesammelte Abh. II S. 184 flgd.

1. als Zwischenstadium bei einem bereits vorhandenen Recht, wenn das Subject zur Zeit hinwegfalle, indem „ihr hier die Aufgabe zufalle, den demnächstigen Eintritt des Subjects in den unversehrten objectiven Bestand des Rechts zu ermöglichen und sicher zu stellen" (Fälle: hereditas jacens, postliminium, fictio legis Corneliae), während die „active Seite" (d. i. „die rechtliche Stellung, welche das Recht für den Berechtigten zur Folge hat", die „Wirkungen desselben für ihn") „vorübergehend oder zur Zeit noch fehlt", 2. als Vorstadium bei dem Bildungsprozeß des Rechts, „S. 395 (195)" d. i. wo „der constitutive Akt bereits vollzogen, aber es noch an gewissen Voraussetzungen fehlt, deren Eintritt nach Absicht der Parteien von der Zukunft erwartet wird", wo es sich „um eine Rechtserzeugung mit Vorbehalt demnächstiger Vervollständigung des Thatbestandes" handelt (Fall: Suspensivbedingung, S. 459 (242, 243). Die Bedeutung dieser Zustände soll darin liegen, daß sie „eine Gebundenheit der Person oder Sache (Beides als Rechtsgegenstand gedacht) bewirken, die „nicht auf einer unerfindbaren vis inertiae, S. 397, 406, 420 (195, 208), sondern auf der „Zweckbestimmung", d. i. der „Bestimmung für den Rechtszweck", beruhen, welche „durch die widerstandslos sich vollziehende Macht des Gesetzes" zu einem „immanenten Momente", zu einer „unzerstörbaren rechtlichen Eigenschaft" der Person oder Sache werde und einerseits so lange dauere, als der „Rechtszweck als ein noch zu erreichender fortbesteht", S. 393, 394, 397 (184, 195, 203, 204), andererseits ihm Schutz „gegen vorherige Vereitelung" gewähre und dem „Entwickelungsproceß werdender Rechte seinen ungestörten Verlauf" sichert, S. 461 (244).

Allein ist jene „Gebundenheit", die incarnirte „Zweckbestimmung", in der That Erklärung und nicht vielmehr bloße Umschreibung? Wenn das Rechtsverhältniß Nichts ist, als „das vom Gesetz anerkannte und geschützte Verhältniß der Zweckbestimmung des Rechtsgegenstandes (Person oder Sache), S. 393 (184), so ist doch eben die Frage, ob das Bestimmungsverhältniß für ein künftiges Subject, die Gebundenheit „zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts", S. 460 (242), rechtliche Consistenz und „Widerstandskraft" hat? Es handelt sich um die Auseinandersetzung mit dem starren Rechtsprincip, daß nur perfecten Rechtsverhältnissen Bestand und Wirksamkeit zukomme und das Rechtssubject ein gegenwärtiges, vorhandenes sein müsse. Es gilt, der Consequenz zu entgehen, daß mit dem einmaligen, wie auch immer erfolgten Wegfall des Subjects der Untergang des Rechts unabänderlich besiegelt ist, und daß ein erst in der Bildung begriffenes, noch nicht existentes Recht juristisch ein Nichts ist! Ein unbeholfenes Mittel — freilich eine Concession an das Princip! — war es, den factischen Mangel des Subjects durch ein fingirtes Subject, wie bei der hereditas jacens, oder durch Hinwegfingiren des die Rechtsfähigkeit zerstörenden Ereignisses, wie beim postliminium und der fictio legis Corneliae, zu ersetzen. Man mußte erkennen, daß man um den Preis, das Princip zu conserviren, den Thatbestand gewaltsam veränderte, die Rettung des Princips also doch nur eine scheinbare und es zweckmäßiger war, sich zu einer dem Verkehrsbedürfniß entsprechenden Umgestaltung desselben zu ent-

schließen. Es beruht also in Wahrheit auf einer Wandlung der juristischen Organik, daß man trotz des Mangels eines präsenten Subjects oder Objects dem gegebenen substantiellen Moment einstweilige Consistenz zuerkannte und ein nachträgliches Eintreten von Subject und Object als statthaft erachtete. Einen unzweideutigen Ausdruck dieses neuen Standpunktes finde ich in l. 43 D. ad leg. Aquil. 9, 2: Ob id, quod ante quam hereditatem adires damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod (quamvis) post mortem ejus, cui heres sis, acciderit. dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur: nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit, neque ob id, quod tum commissum fuerit, cum in hostium potestate esses, agere postliminio reversus poteris et hoc aliter constitui sine magna captione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit (Pompon. lib. 19 ad Sab.). Der zeitige Mangel eines factischen Subjects hindert die Entstehung der Klagrechte nicht, und zu diesem Verlassen des starren Princips der Präsenz des Subjects ist man durch Zweckmäßigkeitsrücksichten gelangt („aliter constitui sine magna captione ...... non poterit“). Ebenso wird der subjectlose Fortbestand der Rechtssubstanz treffend gekennzeichnet in l. 36 D. de stip. serv. 45, 3: Inter hereditarium servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest derelictus videri, qui universo hereditatis jure continetur, cfr. l. 18 § 2 D. de stip serv. 45, 3: servus deprehenditur in hereditate, l. 12 § 1 D. de capt. 49, 15: quia hi (sc. servi) bonorum fuerunt et esse perseverant. Die „Gebundenheit der Person oder Sache“, d. h. jene Consistenz des einstweilen subjectlosen Rechtsverhältnisses, fließt daher unmittelbar aus dem veränderten Gestaltungsprincip und ist Nichts als die zur Anerkennung gelangte Realität der einstweilen gegebenen substantiellen Momente. Jene Gebundenheit und Consistenz läßt sich nur aus diesem existenten Factor, nicht aber aus der Idee des durch den künftigen Eintritt oder Wiedereintritt des Subjects zu vervollständigenden, also doch immerhin ungewissen, noch gar nicht existenten und möglichenfalls niemals existent werdenden bezw. des weggefallenen, möglicherweise niemals wiederauflebenden Rechts ableiten und kann daher weder von einer Rück-, noch Vor-, noch Zwischenwirkung des noch nicht oder nicht mehr existirenden Rechtsverhältnisses die Rede sein. Der Satz, daß, was nicht ist oder nicht mehr ist, auch Nichts oder Nichts mehr wirken kann, findet ebensowohl Anwendung in dem Verhältniß zwischen Mittel und Zweck als in dem zwischen Ursache und Wirkung. Wenn Ihering S. 458 (242) jenen Satz nur für das letztere, nicht aber auch für das erstere Verhältniß gelten lassen will und meint, daß es kein Widerspruch sei, „daß zu Gunsten eines in der Entstehung begriffenen Rechts, also um eines künftigen Zweckes willen, schon jetzt Beschränkungen Platz greifen, welche dessen künftige Verwirklichung vorbereiten und sicher stellen sollen“, so verkennt er, daß die bezweckte Begründung eines Rechts schon ein gegenwärtig

vorhandener und deshalb auch wirkender Zweck, und das prius im Verhältniß zu dem künftigen Recht und dessen Zweck, also Zweck zum Zweck ist.

Daß der Promittent bei einem bedingten Rechtsgeschäft nicht den Eintritt der Bedingung (l. 24 D. de cond. 35, 1, l. 161 D. de R. J. 50, 17, l. 8 pr. D. de contr. emt. 18, 1) oder der Verkäufer einer res futura nicht deren Entstehung vereiteln darf, hat nicht in einer Vorwirkung des künftigen Rechts, sondern darin seinen Grund, daß es einen Vertragsbruch (dolus) enthält, wenn Jemand auf der einen Seite in die Eingehung eines bedingten Rechtsgeschäfts consentirt und sich also insoweit gebunden hat, daß über die Perfection seiner Willenswirkung und Verpflichtung nur noch der Zufall entscheiden soll, auf der andern Seite aber dem Zufall vorgreifen will und durch Vereitelung der Bedingung oder Hintertreiben der Entstehung des Rechtsobjectes in einseitiger, willkürlicher Weise den Ausgang des Geschäfts zu bestimmen sucht. Die Vertragswidrigkeit wird entsprechend dem Geiste des älteren Rechts für nichtig und der Promittent ebenso für haftbar erklärt, wie wenn die Bedingung eingetreten oder die Sache entstanden wäre.[1])

Aehnliches gilt gegenüber der statuta libertas und dem Pfandrecht für eine noch nicht existirende Forderung. Der Begriff: „Gebundenheit der Person oder Sache" erklärt mithin Nichts. Der Ausdruck: „passive Wirkung" des Rechts, trifft ebensowenig zu, da nicht das Recht, sondern die vorliegenden rechtsgeschäftlichen Momente wirken.

Unzureichend ist ferner die lediglich den Fall des bedingten Rechtsverhältnisses berücksichtigende Formulirung Köppens:[2]) Pendente conditione sei schon die Hoffnung auf das Rechtsverhältniß vorhanden und damit der Beginn und Anfang des Verhältnisses gegeben (obligatio imperfecta, die als solche den Entwickelungskeim zu einer Forderung in sich trage, beginnende Forderung, begonnenes Eigenthum), conditione impleta entstehe kein zweites neues Recht, sondern werde das bisherige unvollendete, in der spes vorhandene perfekt, bilde sich zu „einem vollendeten Recht aus und komme zum Abschluß". Davon, daß das Rechtsverhältniß schon vor Eintritt der Bedingung angefangen, begonnen habe, kann nicht die Rede sein, da es eben erst mit Eintritt der Bedingung existent wird und zu existiren anfängt, und, bei Deficirung der Bedingung überhaupt niemals zu existiren angefangen hat. Wenn irgend sonst Etwas schon vor der Entscheidung der Bedingung zu existiren anfängt, so kann es jedenfalls nicht das Rechtsverhältniß sein! Diesem Einwurf entgeht zwar v. Scheurl[3]), wenn er von „Ansätzen, Keimen von Recht" und einem „embryonenartigen Zustand zwischen Dasein und Nichtdasein" spricht. Allein, was während

---

[1]) l. 161 D. de reg. J. 50, 17: In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur perinde haberi ac si impleta conditio fuisset (Ulp. lib. 77 ad ed.).

[2]) Köppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden in Ihering's Jahrb. Bd. XI S. 165—168, 180 flgd.

[3]) v. Scheurl: Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften § 30, S. 226 flgd.

dieses Zwischenzustandes vorliegt, ist doch kein wie auch immer geartetes Protoplasma des Rechts, kein irgendwie existentes rechtliches Gebilde, sondern eben nur die Summe der einstweilen gegebenen, in anerkannter Realität verharrenden Causal-Momente.

Vor der Entscheidung der Bedingung existirt das Rechtsverhältniß noch nicht, auch nicht als Embryo. Von dem Ziel lenkt ab Wendt (Bed. Rechtsgeschäfte, S. 125, 94, Neurecht II. S. 1), wenn er mit Rücksicht auf die unmittelbaren Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäfts als solchen: die Pflicht der Contrahenten, nicht gegen die Absicht des Geschäfts zu handeln, Recht auf Sicherstellung u. dgl. „ein bereits fertiges, nicht mehr in der Entwickelung begriffenes Recht" annimmt, „das, pendente conditione, ein unvollkommenes", gegen das vollkommene nur „intensiv zurücktrete", aber „positiv" bestehe. Dieses „fertige", eigenthümliche Recht mit seinem verschiedenartigen Inhalt hat seine besondere Begründung, indem es theils auf dem allgemeinen Verbot des dolus, theils auf Billigkeitsrücksichten, theils auf positiver Festsetzung ex justa causa beruht, es ist ein von den verschiedensten Rechtsnormen reflectirtes Recht, und steht nicht in, sondern neben dem pendenten, imperfecten Recht, dessen Begleiter es ist und mit dessen eigenthümlichem Wesen es keinen inneren Zusammenhang hat. Indem Wendt dieses Recht mit dem imperfecten Recht identificirt, konnte er allerdings sagen (S. 125): „es entwickelt sich nicht aus einem embryonenartigen Wesen eine neue fertige Geburt". Sein Satz fällt aber mit seiner Prämisse.

Die vorbeschriebenen Erscheinungen bringt Puntschart (Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. 1885) mit seiner Theorie der fundamentalen Rechtsverhältnisse in Verbindung, bemerkt jedoch (S. 65) — und dies ist bezeichnend für seinen Standpunkt — daß dieselben zur Grundlegung dieser ihm weniger geeignet erscheinen, als die Fragen der Gefahrnormirung bei wesentlich gegenseitigen Obligationen! Er will im Gegensatz zu der „nachrömischen und heutigen Rechtslehre" die subjectiven Rechte nicht unmittelbar aus dem „Negotium", sondern aus „Grundelementen" unmittelbar hervorgehen lassen, in denen „alle rechtliche Wirksamkeit, — auch die vor Entstehung der beabsichtigten subjectiven Rechte vorhandene — gegründet ist und die, wie sie „entstehen können, ohne die letzteren sofort erzeugen zu müssen, so auch nach Abfall, Sistirung, theilweiser Einbuße derselben fortbestehen können" (S. VII, 57). Diese Grundelemente, die er im Gegensatz zu den subjectivrechtlichen Rechtsverhältnissen als die concreten objectivrechtlichen Rechtsverhältnisse bezeichnet, während er in den Quellen dafür die Bezeichnungen: juris vinculum, nexus, conjunctio, nudum jus, jus, causa, status, conditio, nuda proprietas, matrimonium, familia, cognatio, tutela, cura, ferner contractus, obligatio, emptio venditio, locatio conductio findet, sollen sich zu den aus ihnen entstandenen subjectiven Rechten wie die Grundbegriffe zu den Folgebegriffen verhalten. Die allgemeine Natur der „fundamentalen Rechtsverhältnisse" wird nicht näher erörtert, sondern sprungweise zu dem Nachweis ihrer Existenz, Bestandtheile und Wirksamkeit im Einzelnen übergegangen (S. 69).

Vorweg ist der Gegensatz zwischen subjectivrechtlichen und concreten objectivrechtlichen Rechtsverhältnissen logisch unhaltbar. Denn wenn das objectivrechtliche Verhältniß das Rechtsverhältniß in abstracto ist, wie es die Rechtsordnung normirt, so kann das subjectivrechtliche Verhältniß nur das in concreto durch irgend einen Grund in Bezug auf bestimmte Subjecte gegebene Verhältniß sein. Das subjectivrechtliche und concrete objectivrechtliche Verhältniß fällt also nothwendig zusammen und handelt es sich dabei um zwei vollkommen tautologische Begriffe! Hieraus folgt von selbst, daß wenn das „Negotium“ das abstract geregelte Rechtsverhältniß für den concreten Fall, d. i. für ein concretes Subject und concretes Object begründet, seine unmittelbare Wirkung eben dies concrete, d. i. subjectivrechtliche Verhältniß ist. Die fundamentalen Rechtsverhältnisse müssen sich daher in ihren einzelnen Erscheinungen als die der „nachrömischen und heutigen Rechtslehre“ wohlbekannten subjectiven Rechtsverhältnisse herausstellen, und kann es sich nur noch um den von der „heutigen Rechtslehre“ bereits mehrfach ventilirten Gegensatz zwischen Recht und Rechtsverhältniß handeln. Puntschart's Nachweis der einzelnen Fundamentalverhältnisse ist im günstigsten Fall nur ein neuer Versuch zur Differenzirung des subjectiven Rechts und des entsprechenden Rechtsverhältnisses. Dies zeigt sich sofort an seinem Grundbegriff der Obligation und den von ihm aufgestellten Kriterien des „obligatorischen Rechtsverhältnisses“ als des Fundamentalverhältnisses einerseits und des „obligatorischen Rechts bezw. der Verbindlichkeit (Leistensollen) und ihrer Entwickelungen: Forderung (actio) und Leistungspflicht (Leistenmüssen)“ andererseits. Sein Grundbegriff der Obligation, wonach diese „die durch einen bestimmten Rechtsgrund begründete Beziehung einer bestimmten Person zu einer anderen, durch welche die erstere zu Gunsten der letzteren für eine (vermögenswerthige) Leistung verhaftet wird“, ist nicht wesentlich verschieden von der herkömmlichen Bestimmung des Begriffs der römischen obligatio.[1]) Denn ob man sich als Inhalt der Obligation ein Verpflichtet- oder ein Verhaftetsein im Brinz'schen Sinne denkt, macht in der hier fraglichen Beziehung kaum einen Unterschied. Wenn Puntschart meint, daß die üblichen Definitionen der obligatio, mit alleiniger Ausnahme der von Brinz, „durchwegs vom subjectivrechtlichen Standpunkt aus aufgestellt sind“, so ändert dies nichts an dem Resultat, daß sein Obligationsbegriff eben nur die hergebrachte Auffassung der obligatio wiedergiebt und keine neue Beziehung derselben aufdeckt. Verfehlt ist es, wenn dem objectivrechtlichen Obligationsverhältniß zwei verschiedenartige Objecte gegeben werden: ein persönliches, d. i. die Person, welche verhaftet wird, und ein sachliches, „z. B. bei der Miethe das Miethsobject“, wogegen das Object des subjectiven Rechts in dem „Gut bestehen soll, für welches dem Subject des Rechtsver-

---

[1]) S. bereits Hugo, civilist. Magazin I Nr. 9, III Nr. 20. Bucher, Recht der Forderungen § 2. Windscheid, Pand. § 251a Note 3. Meine Oblig. S. 41, 42, woselbst auch S. 37, 38 die objectivrechtliche Natur des juris vinculum nachdrücklichst hervorgehoben ist, ferner oben S. 3, 5. Dernburg, Pand. II S. 1.

hältnisses gehaftet wird", z. B. bei der Miethe in dem Nutzen, welchen der Gebrauch des Miethsobjects gewährt, weßwegen „der Gläubiger auch dann befriedigt werde, wenn er das Gut nicht durch eine Handlung des Schuldners, sondern durch die eines Organs der Staatsgewalt oder eines Dritten erhält" (S. 74—79). Object und Passivsubject der Obligation, Obligations- und Leistungsobject, Obligationsinhalt und Realisirungsform dieses Inhalts mittelst actio werden hier augenfällig verwechselt.

Die Vorstellung, daß Verpflichtung und Anspruch (Forderung) Folgen des rechtlichen Gebundenseins (S. 72, 74), ist verwerflich insofern, als sie der falschen Ansicht Raum giebt, daß Forderung und Verpflichtung jenem Bindungsverhältniß gegenüber irgend welche Selbständigkeit und Dasein außerhalb desselben hätten, während sie nur in und an demselben existiren, nur — wie die herrschende Meinung formulirt — zwei Seiten eines und desselben rechtlichen Verhältnisses sind.[1])

Die „heutige Rechtslehre" geht also keineswegs fehl, wenn sie Recht und Verbindlichkeit eben mit und in dem Rechtsverhältniß selbst unmittelbar aus dem Vertrage entstehen läßt.

Vollends versagt die Fiktion einer essentiellen Verschiedenheit des Grundverhältnisses und des Folgeverhältnisses beim Eigenthum. Das von Puntschart als Grundverhältniß, proprietas, bezeichnete Verhältniß einer bestimmten Person zu einer bestimmten Sache, das darauf beruht, daß durch die Rechtsordnung die Sache der Person als Mittel zu allen Zwecken zugewiesen ist, zu deren Realisirung sie tauglich ist, was ist es Anderes als das totale rechtliche Herrschaftsverhältniß über die Sache, worin man von jeher das Wesen des Eigenthums gefunden hat, und das Puntschart als Machtfülle zur Verwendung der Sache für alle Zwecke der Person, dominium, umschreibt?

Gegenstandslos ist ferner beim Nießbrauch die Unterscheidung zwischen dem dinglichen Rechtsverhältniß, dessen Object die fruchttragende Sache, und dem daraus entstehenden subjectiven Recht des Fruchtbezuges, dessen Object die bestimmungsmäßigen Erträgnisse der Sache. Die Quellen verstehen unter Nießbrauch kein anderes dingliches Rechtsverhältniß als das Recht des Fruchtbezugs an einer fremden Sache, jus utendi fruendi. Beim Vermächtniß soll sich der dies cedens auf die Entstehung des objectivrechtlichen Rechtsverhältnisses beziehen im Gegensatz zu der nicht vor dem Erbschaftsantritt möglichen Entstehung des subjectiven Rechts. Allein es handelt sich hierbei nur um verschiedene Stadien zum Erwerbe des vermachten Rechts (Anfall und Perfection), welches hinsichtlich seines Charakters und Inhalts nach Perfection des Erwerbes durch den Erbschaftsantritt genau dasselbe ist, wie nach dem Anfall, z. B. nach Eintritt der Bedingung.

---

[1]) Als Folgen des Gebundenseins faßt übrigens schon Unterholzner, Schuldverh. II § 1 Verpflichtung und Anspruch auf, obwohl er daneben richtigerweise nur von zwei durch das Schuldverhältniß dargebotenen „Gesichtspunkten" spricht.

Wenn endlich noch die Prädialservituten, das Pfandrecht, die Ehe, eheliche Vaterschaft, Vormundschaft u. A. concrete objectivrechtliche Rechtsverhältnisse darstellen sollen, so will nicht einleuchten, welche Bedeutung hier die Aussonderung der entsprechenden subjectiven Rechte haben und ferner wie damit eine neue Grundlage für die Erklärung der von Ihering sog. Fälle passiver Wirkung der Rechte gewonnen werden soll.

Schließlich erweisen sich auch die ganzen Aufstellungen Puntscharts für die Frage des periculum beim Kauf, derentwillen sie überhaupt unternommen wurden, als unzureichend, da nicht schon die Annahme, daß „die römischen Juristen unter emptio venditio die fundamentalen obligatorischen Rechtsverhältnisse des Käufers und Verkäufers (die persönlichen Haftungsverhältnisse zu Gunsten des Käufers und Verkäufers) verstanden haben, zum Ziele führt, sondern es hierzu noch des Weiteren des Begriffs der Vollwirksamkeit (Perfection) der Rechtsverhältnisse des Käufers und Verkäufers, die sich „in der Begründung der Pflicht der Tradition bezw. der Zahlung des Preises äußern" soll (S. 217), sowie der ferneren Annahme bedarf, daß die Gefahr auf den Käufer erst übergehe, wenn der Verkäufer zur Tradition effectiv bereit gewesen, diese aber des Käufers wegen unterblieben ist (S. 218, 219). Die Idee der fundamentalen Rechtsverhältnisse ist somit weder theoretisch haltbar noch practisch verwerthbar.[1])

§ 31. Eigene Ansicht: subjective und objective Pendenz oder Causalität des unbedingten Rechtswillens bei pendentem Subject oder Object.

1. Substanz des Rechtsverhältnisses und ihre Bildung.

Wie in der Sinnenwelt, herrscht auch in der Rechtswelt ein Causalitätsgesetz, welchem alle rechtliche Veränderung unterworfen ist. Die causa efficiens der Rechtswelt ist der Wille. Die oberste causa ist der objective Wille, der Wille der Rechtsordnung. Innerhalb desselben ist dem Einzelwillen, dem subjectiven (autonomen) Willen ein gewisser Wirkungskreis eingeräumt. Alles Recht beruht sonach entweder auf dem objectiven oder dem subjectiven Willen. Auf dem Gebiet des Privatrechts äußert der subjective Wille seine schöpferische Thätigkeit im Rechtsgeschäft. Rechtsgeschäft ist eine Willenserklärung, durch welche über rechtliche Verhältnisse Bestimmung getroffen wird, ein Willensact, welcher innerhalb erlaubter Grenzen eine Aenderung in der Rechtswelt, d. i. in der Sphäre der durch das objective Recht beherrschten realen Verhältnisse anstrebt.[2]) Die

---

[1]) Vgl. im Uebrigen über Puntschart die Recension von Eck in Goldschmidt's Zeitschr. 33 (N. F. 18) S. 141—146.

[2]) Diesen Begriff habe ich näher entwickelt in den „Juristischen Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler, 1885, S. 123. Die Einwendungen Kohlers (in Goldschmidt, Zeitschr. 33 [N. F. 18] S. 137) sind nicht stichhaltig. Seine Argumente gegen die Normnatur des Rechtsgeschäfts in Ihering, Jahrb. 16 S. 327 flgd., sind bereits von Zitelmann,

Causalität des rechtsgeschäftlichen Willens wird verdunkelt, wenn man das Rechtsgeschäft als aus zwei Requisiten bestehend betrachtet: nämlich zu dessen Thatbestand außer dem Errichtungsact d. i. der Willenserklärung noch die Existenz der juristischen Voraussetzungen erfordert, ohne welche durch den Willensact kein Rechtsverhältniß hergestellt werden kann. Entweder gehören diese Voraussetzungen zur Existenz und Wirklichkeit des Rechtsgeschäfts, dann sind sie in diesem erschöpft und kommen nicht weiter in Betracht; oder aber sie liegen außerhalb des Rechtsgeschäfts, dann haben sie diesem gegenüber selbständige Bedeutung und sind von ihm abzusondern. Unter jenen Voraussetzungen wird nun recht Verschiedenartiges verstanden, so z. B. von Ihering (Geist III. S. 143, 152 flgd. 2. A.): „die persönliche Fähigkeit des Handelnden“: sowohl „Rechts- als Handlungsfähigkeit“, Erfordernisse, welche theils den Gegenstand und Inhalt des Rechtsgeschäfts, theils gewisse durch den Zweck desselben gebotene Voraussetzungen betreffen“: „Möglichkeit des Inhalts“, „Vorhandensein der concreten Verhältnisse, durch welche die Wirksamkeit der Disposition bedingt ist“, z. B. Eigenthum des Verfügenden, „Angabe des concreten Willensinhalts, Gegenstandes“, „Tod des Testators“ u. dgl.

Sofort erhellt, daß hier die allgemeinen und allgemeinsten Voraussetzungen und Vorbedingungen zum Eintritt in den Rechtsverkehr (Handlungsfähigkeit, Rechtsfähigkeit, testamenti factio) mit den durch den concreten Inhalt des Rechtsgeschäfts gegebenen speciellen Voraussetzungen (z. B. Vorhandensein des Rechts bei der Rechtsübertragung, Tod des Testators) unterschiedslos nebeneinander gestellt werden. Jene allgemeinen Vorbedingungen (Fähigkeit des Subjects, Zulässigkeit und Möglichkeit des Objects, ja auch die rechtliche Statthaftigkeit des betreffenden Geschäfts) sind schon im Begriff und in der Wirklichkeit des Rechtsgeschäfts mitumfaßt. Denn ein Rechtsgeschäft und zwar ein wirkliches Rechtsgeschäft im Gegensatz zu der bloßen factischen Willenserklärung ist ein solches, das von einem fähigen Subject ausgeht und auf einen zulässigen Gegenstand und eine zulässige Art der Rechtsänderung gerichtet ist. Eine Erklärung, die von einem unfähigen Subject abgegeben ist, oder einen unmöglichen, unstatthaften (rechts-

Irrthum S. 258 Anm. widerlegt. In den späteren Ausführungen Kohlers in Ihering, Jahrb. 18 S. 134 f., finde ich nicht sowohl neue Argumente, als vielmehr eine kühne petitio principii. Wenn wir jedenfalls nicht „an die Unklarheit und Confusion der römischen Juristen“ gebunden sind (Kohler a. a. O. S. 136), so fragt sich doch, ob die römischen Juristen oder Kohler geirrt haben. Wenn er urgirt, daß „das Laienpublikum von den Rechtsfolgen des Geschäfts höchstens einige dunkle Ahnungen habe“ (a. a. O. S. 160), so ist ihm entgegenzuhalten, daß die Parteien, die in normalem Geisteszustande einen Handel abschließen, sehr genau wissen, was sie wollen, z. B. ob die Geldsumme geborgt oder auf eine Schuld gezahlt, die Sache geschenkt, verkauft, vermiethet, geliehen, in Verwahrung gegeben werden soll. Hierauf kommt es an. Kohler's Theorie statuirt Willenserklärung ohne Willensinhalt, seine Parteien brauchen nicht denken, keine Vorstellung haben von dem, was sie sagen, sondern nur Worte machen.

Gegen die Thatbestandstheorie neuerdings auch: Thomsen, Die rechtl. Willensbestimmung, 48 S. Kiel 1885 (Rec. in Krit. Vierteljahrsschr. 28 [N. F. 9], S. 195—198).

widrigen, unsittlichen) Inhalt hat, gilt im Rechtssinne überhaupt nicht als vorhanden.

Jene vermeintlichen Voraussetzungen sind also Begriffs- und Wesenheitsmomente des Rechtsgeschäfts selbst, in ihm von selbst enthalten und bilden keinen Thatbestand neben und außer ihm. Was ferner „die Angabe des concreten Willensinhalts, z. B. Angabe des Gegenstandes, der Summe, des Rechts der gegenüberstehenden Personen" (Ihering a. a. O., S. 155) anlangt, so ist diese nicht Voraussetzung, sondern gehört zum Wesen des Rechtsgeschäfts selbst. Eine Erklärung ohne Angabe des Gegenstandes, auf welche sie sich beziehen soll, ist unvollständig, inhaltslos, ein Nichts.

Was Ihering ferner unter den Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts („des Acts der Handlung") aufzählt: „das Vorhandensein der concreten Verhältnisse, durch welche die Wirksamkeit der Disposition bedingt ist, z. B. des Eigenthums, wenn es sich um eine Verfügung handelt, die nur der Eigenthümer mit Erfolg treffen, der Erbschaft, wenn sie angetreten oder ausgeschlagen werden soll", so liegt dies zwar außerhalb des Rechtsgeschäfts, ist aber keine Voraussetzung desselben, sondern ein Moment, wodurch, wie Ihering selbst hinzufügt, die „Wirksamkeit der Disposition" bedingt ist. Das Rechtsgeschäft ist von jenem Moment unabhängig, wie z. B. die Verpfändung oder Tradition einer fremden Sache ein wahres Rechtsgeschäft ist, obschon es an jenem Moment fehlt. Es verhält sich damit folgendermaßen:

Das die Wirksamkeit der Disposition bedingende Verhältniß des Disponenten zu dem Object der Disposition: das Recht des Autors ist nicht Voraussetzung des Rechtsgeschäfts, sondern Voraussetzung zum Eintritt des durch letzteres angestrebten rechtlichen Erfolges, z. B. Eigenthumsübergangs, Begründung eines Pfandrechts, also zu dem Erfolge, daß der Andere rechtliche Macht über die Sache erlange, mit anderen Worten: zur Hervorbringung eines rechtlichen Könnens, zur Setzung rechtlicher Substanz.

Das Recht des Autors ist im Gegensatz zu dem bezüglichen Rechtsgeschäft die materielle Voraussetzung zu der bezweckten Rechtswirkung und beruht auf dem substantiellen Rechtsprincip: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, l. 54 D. de Reg. jur. 50, 17, l. 120 eod. l. 20 pr. D. de acq. r. dom. 41, 1, Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.

Ebenso ist die Existenz einer Schuld conditio sine qua non des Pfandrechts: nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit l. 1. 2. C. si pig. conv. num. pec. sec. n. sit 8, 33, ferner die Existenz einer Hauptschuld Vorbedingung für die Bürgschaft: erroris fidejussio nulla est l. 37, l. 29, l. 47 pr. l. 56 pr. § 2, l. 70 § 4 D. de fidej. 46, 1., daher auch keine Verbürgung für ein Plus: ita obligari non possunt, sc. qui pro aliis obligantur, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur, at ex diverso ut minus debeant possunt, Gaj. III. § 126, si fuerint in duriorem causam adhibiti,

placuit eos omnino non obligari, in leviorem plane causam accipi possunt; propter quod in minorem summam fidejussor recte accipietur, l. 8 § 7 D. de fidej. 46, 1. Ferner die Ehe Voraussetzung der dos: neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est, l. 3 D. de jure dot. 23, 3, l. 7 § 3, l. 8, l. 21 eod., der Tod einer vermögensfähigen Person Vorbedingung der Erbfolge, l. 1 D. de hered. vend. 18, 4, l. 27 D. de adq. hered. 29, 2, cfr. l. 1 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 1, l. 18 D. de captiv. et postl. 49, 15. Paulus III, 4 § 8. Ulp. XXIII § 5. l. 1 pr. D. de suis et legit. 38, 16, da das Wesen der Erbfolge darin besteht, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen zu ersetzen, und sie also ihrem Begriffe nach ausgeschlossen ist, wo dem Verstorbenen jene Persönlichkeit fehlte. Die specifische Bedeutung aller dieser Voraussetzungen für das zu begründende Rechtsverhältniß liegt in ihrer stoffbildenden Kraft, indem aus ihnen das rechtliche Können und Müssen als solches, die Substanz des Rechtsverhältnisses hervorgeht. Sie sind mithin neben dem Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftlichen Willen bei der Rechtsbegründung in ganz selbständiger Weise betheiligt. Sie bilden ein Causalmoment neben dem rechtsgeschäftlichen Willen.

Dieser ist die bewegende Ursache, das active Causalmoment, causa efficiens, jene dagegen sind ein passives Causalmoment, causa materialis, d. i. der Rechtsstoff, Rechtssubstanz (materia) in passiver Causalität. Zu dem activen und substantiellen Causalmoment tritt nun aber noch ein Drittes: Das Vorhandensein des Subjects und Objects, auf welche das rechtliche Können und Müssen sich bezieht und durch welche es individualisirt wird. Diese subjective und objective Voraussetzung bedeutet mithin das individualisirende Causalmoment, d. i. dasjenige, wodurch das Rechtsverhältniß in seiner subjectiven und objectiven Individualität (εἶδος) existent wird, causa formalis.

Die substantielle, objective und subjective Voraussetzung bilden zusammen die passiven Causalmomente zur Rechtswirkung und stehen dem rechtsgeschäftlichen Willen: dem activen Causalmoment gegensätzlich gegenüber. Dieses hat die Bedeutung, daß es die rechtsstofflichen Elemente in Bewegung setzt und mit den Subjecten und Objecten in Verbindung bringt, und auf diese Weise das Rechtsverhältniß, den rechtlichen Erfolg hervorruft. Ohne den Willen würden die Rechtsmaterie, die realen Subjecte und Objecte in ihrer Passivität und Getrenntheit verharren, wie andererseits der Wille ohne jene Substrate es zu keinem Erfolge bringen könnte und kraftlos und nichtig in sich zusammenfallen müßte. Zugleich erhellt, daß das gleiche Verhältniß stattfinden muß auch da, wo der objective Rechtswille sich zur Schaffung concreter Verhältnisse herbeiläßt, wie z. B. beim Legalpfand, Intestaterbfolge u. s. w. Er befindet sich in gleicher Lage und Abhängigkeit, wie der subjective Wille gegenüber der Materie und den realen Substraten. Er kann z. B. kein concretes Pfandrecht ohne eine concrete Schuld, nicht einen eigentlichen Nießbrauch an Consumtibilien statuiren: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit l. 2 § 1 D. de usufr. ear. r.

q. usu cons. 7, 5, § 2 J. de usufr. 2, 4 und ist also ganz, wie der rechtsgeschäftliche Wille dem Gesetz der Materie unterworfen.

Ferner ergiebt, daß die substantiellen, subjectiven und objectiven Voraussetzungen in keiner nothwendigen Beziehung zum Rechtsgeschäft stehen, und es also eine zu enge Auffassung, sie gerade nur als „Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts“ zu betrachten, während sie vielmehr auch für jede andere Art der Rechtsbegründung, -aufhebung und -übertragung gelten, und hierfür von ganz selbständiger Bedeutung sind.

Die Causalität des Rechtswillens für die Begründung von Rechtsverhältnissen versteht sich hiernach nur unter gewissen realen Voraussetzungen, vor Allem unter der Voraussetzung einer materiellen Sphäre, innerhalb deren der Wille zu schalten und zu walten berufen ist. Aus der Verfügung und Bestimmung innerhalb dieser Sphäre geht das rechtliche Können und Müssen: die Substanz des Rechtsverhältnisses hervor. Von secundärer Bedeutung sind diejenigen Voraussetzungen, die daraus resultiren, daß Können und Müssen nicht in absoluter Weise, sondern nur für den Zweck eines anderweiten Verhältnisses begründet werden soll, z. B. ein Recht an der Sache zur Sicherheit wegen einer Forderung, datio und promissio für die Zwecke der Ehe. Diese anderweiten Verhältnisse sind Voraussetzungen, ergeben aber zugleich Limitationen und Qualificationen des Rechtsinhalts.

Die Causalität des Rechtswillens unter den erforderlichen materiellen Voraussetzungen besteht sonach in der Hervorbringung der Rechtssubstanz mit ihren Limitationen und Qualificationen.

2. Die Substanz des Rechtsverhältnisses in ihrem Verhältniß zum Subject und Object.

Ist das rechtliche Können und Müssen das Product einer von dem competenten Willen innerhalb einer materiellen Sphäre vorgenommenen Aenderung, so hat es deshalb schon für sich selbst Realität und ist in seinem Bestande unabhängig von der Präsenz des Subjects und Objects.

Die Bestimmung, daß dem Subject X in Bezug auf das Object Y ein gewisses Können zustehen oder dem Subject Y dem Subject X gegenüber ein gewisses Müssen obliegen soll, kann sowohl einem gegenwärtigen als einem künftigen oder einem einstweilen weggefallenen Subject oder Object gelten. Der Wille, der sich an ein künftiges oder künftig wieder eintretendes Subject oder Object richtet, ist keineswegs sinnwidrig und setzt durch sich selbst das rechtliche Können und Müssen für und gegen das künftige Subject und Object.

Man kann daher von subject- und objectloser Rechtssubstanz, wiewohl nicht von subject- und objectlosen Rechten oder Rechtsverhältnissen reden.

Die Rechtssubstanz besteht so lange, als sie nicht durch einen entgegengesetzten Rechtswillen zerstört oder in sich hinfällig wird, möglicherweise also in infinitum. Dies Alles gilt consequent nicht bloß da, wo der Rechtsinhalt mit dem Subject und Object noch in keine Verbindung getreten ist,

sondern auch da, wo die Verbindung bereits bestanden, aber durch Wegfall des Subjects oder Objects aufgehoben worden ist. Sofern eine Wiedererstehung von Subject oder Object möglich, ist daher auch eine Wiederherstellung, Neuerstehung des Rechtsverhältnisses möglich, indem es dazu nur des Wiederhinzutritts jener Momente zu der noch in ihrem Sein verharrenden Substanz bedarf. Die selbständige Fortdauer des substantiellen Rechtsmoments ist somit nicht aus der problematischen Vor-, Rück- oder Passivwirkung eines noch nicht oder nicht mehr vorhandenen Rechts, sondern einfach aus dem Gesetz der Causalität des Rechtswillens zu erklären, wonach die einmal gesetzte Rechtssubstanz so lange fortdauert, bis ein Grund ihrer Aufhebung eintritt. Außer durch einen entgegengesetzten Rechtswillen kann sie auch von selbst aufhören, wenn das in ihr enthaltene Soll zur Unmöglichkeit wird. Eine solche Unmöglichkeit aber tritt ein, wenn entschieden ist, daß das bezogene Rechtssubject oder Rechtsobject niemals entstehen oder wiedererstehen wird. Denn der Satz: X soll Y können, fällt nunmehr in sich zusammen, da es feststeht, daß X nie oder nie mehr können wird. Dasselbe gilt von der dauernden Vereitelung oder Beseitigung des Objects, da das Können nunmehr seinem Gegenstand nach aufgehoben ist.

Von einer Pendenz des Rechtsverhältnisses kann daher nur so lange die Rede sein, als noch der Eintritt oder die Repristination von Subject und Object möglich ist, wogegen die Unmöglichkeit derselben die Rechtssubstanz vernichtet.

Aus der Causalität des Rechtswillens erklären sich denn auch alle hier

3. einschlägige Pendenz-Fälle.

Wiederherstellung der Persönlichkeit tritt ein für den Kriegsgefangenen bei seiner Rückkehr kraft des jus postliminii und die Möglichkeit dieser Wiederherstellung genügt nach dem Obigen zur Erhaltung der Rechtssubstanz. Wenn Ihering a. a. O., S. 418 (206), einwirft, daß auch beim servus poenae, Exilirten und Emancipirten die Wiedererlangung des Status möglich war, gleichwohl aber keine Wiederherstellung der früheren Rechte eintrat, deshalb die entgegengesetzte Erscheinung beim Kriegsgefangenen nicht darin seinen Grund habe, daß das Recht die Rückkehr des Gefangenen für möglich hält, sondern weil „es sie hofft und wünscht und darauf wartet, daß er zurückkomme", so erledigt sich dieser Einwurf einfach dadurch, daß mit der servitus poenae und der ademptio civitatis die Confiscation verbunden ist und bei der Arrogation das Vermögen des Arrogirten vom Arrogator erworben wird, in diesen Fällen daher nicht bloß der Status verloren geht, sondern zugleich der selbständige Grund zu einem dauernden Vermögensverlust gegeben ist.

Wie für den Fall der Rückkehr durch das jus postliminii wurde für den Fall des Todes durch die fictio legis Corneliae den Folgen des thatsächlich eingetretenen Subjectsmangels vorgebeugt, indem man den Tod auf einen Zeitpunkt verlegte, wo der Gefangene noch Rechtsfähigkeit hatte, so daß er nach rechtlicher Auffassung Subject seines Vermögens bis zu seinem Tode ver-

blieben war. Diese Fiktion kam seinen Erben zu Gute, indem sie ihnen die Erbfolge ermöglichte.

Das Erlöschen der Rechtssubstanz durch Wegfall seiner Subjectsbeziehung wurde also verhütet einerseits durch die rechtlich gewährleistete Möglichkeit der Wiedererneuerung des Rechtssubjects im Fall der Rückkehr des Gefangenen, andererseits durch den fictiven Zeitpunkt des Todes, indem bis zu dem nunmehr für die Erbfolge entscheidenden Zeitpunkt thatsächlich das Rechtssubject existirt hatte. Die Wahrung der Subjectsbeziehung, wiewohl ohne das Erforderniß der Präsenz, ist unentbehrlich zur Aufrechterhaltung der Rechtssubstanz. Sie kann auch bewirkt werden durch Eintritt einer Ersatzperson. So beim Wegfall des Rechtssubjects durch Tod.

Die Idee der erbrechtlichen Succession hat für das Vermögen des Verstorbenen die gleiche Bedeutung, wie das jus postliminii für das Vermögen des Kriegsgefangenen, indem sie, wie diese die Wiedererneuerung des früheren Subjects, so die Erschaffung einer ganz neuen Subjectsbeziehung wirkt, dadurch, daß die Person des Erblassers durch die Person des Erben ersetzt wird. Der Eintritt dieses neuen Subjects beruht auf einem neuen Rechtswillen: dem Willen des Erblassers oder des Gesetzes. Der das Recht in der Person des Erblassers begründende Wille war eben nur auf ein Recht für den Erblasser, nicht aber zugleich auf ein Mit-Recht, successives oder eventuelles Recht anderer Personen gerichtet, so daß, wenn andere Personen das Recht des Erblassers erhalten sollen, dies nur durch Uebertragung von ihm und durch einen neuen darauf gerichteten Rechtswillen möglich ist.

Wenn Ihering, a. a. O. S. 414—416 (202—204), von einer „Bestimmung der Rechte für den zukünftigen Erben" des zunächst Berechtigten in dem Sinne spricht, daß diese Bestimmung dem Recht schon von Anfang mit seiner Entstehung gegeben sei, der zunächst Berechtigte, d. h. das durch den Begründungswillen bezogene alleinige Subject nicht bloß für sich, sondern zugleich für Andere erwerbe, jedes Recht daher, „soweit es nicht seiner Natur nach auf die individuellen Bedürfnisse seines Trägers berechnet sei, die Bestimmung und die Fähigkeit in sich trage, über ihn hinaus der Welt zu Gute zu kommen" und deßhalb der Zweck des Rechts nicht damit als erfüllt oder vereitelt gelten könne, daß er sich fortan in dieser Person nicht mehr erreichen läßt, so würde dies zu einem Miteigenthum der stillschweigend mitberufenen anderen Personen und zu einer gänzlichen Umgestaltung des Erbrechtsbegriffes führen, da alsdann nicht von einer Succession in das Recht des Verstorbenen, sondern nur von einem Antritt des nunmehr von der Nutzungs- und Verwaltungsbefugniß des Verstorbenen als des Vorinhabers freigewordenen eigenen Rechts die Rede sein könnte, und man für das moderne Erbrecht auf die bereits im röm. Recht schließlich überwundene Idee des Familieneigenthums zurückgreifen müßte.

Wenn aber die erbrechtliche Succession begrifflich in dem Ersatz der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen besteht, so ist es offenbar die hierdurch gewährleistete Möglichkeit des Eintritts eines neuen Subjects, nicht aber eine etwaige von Anfang an vorhandene Bestimmung der

Rechte für den zukünftigen Erben, welche die Aufrechterhaltung der Rechtssubstanz bewirkt.

Zugleich erhellt, daß die erbrechtliche Succession ihren selbständigen Rechtsgrund hat und ihrem Begriffe nach ganz unabhängig von der Personifikation der hereditas jacens und der Fiktion der Fortdauer der Person des Erblassers ist. Letztere haben vielmehr nur eine bestimmt begrenzte Bedeutung, hauptsächlich beim Erbschaftserwerb der voluntarii heredes für die Zwischenzeit von der Delation bis zur Acquisition und für den Fall der Erblosigkeit. Die hereditas jacens ist keine juristische Person, sondern hat ihr Subject in der als einstweilen fortdauernd fingirten Person des Erblassers, eine Fiktion, die offenbar den practischen Zweck verfolgt, die durch die Verzögerung des Erbschafts-Antritts gehemmte natürliche Weiterentwickelung der erbschaftlichen Rechtsverhältnisse [z. B. durch neue Erwerbungen[1]), Ansprüche aus Delikten[2]), Bürgschaftsstellung für eine Erbschaftsschuld[3])] zu ermöglichen, also den Nachtheilen zu entgehen, die in gewissen Fällen („in quibusdam" l. 15 D. de usurp. 41, 3 „in multis partibus juris" l. 61 pr. D. de acq. r. d. 41, 1 „in plerisque" pr. J. de stip. serv. 3, 17) durch die thatsächlich vorliegende Subjectlosigkeit entstehen konnten.[4])

War entschieden, daß ein Erbe nicht eintreten wird, so hätte die Rechtssubstanz erlöschen müssen, wenn sie nicht durch einen neuen Rechtswillen anderen Personen (Fiskus, Corporation) zugedacht ward. Ebenso fiel bei unbeerbtem Tode des filius familias miles das peculium castrense an den Vater, postliminii cujusdam similitudine antiquo jure l. 19 § 3 D. de castr. pec. 49, 17, d. h. kraft Rechtens trat der Vater hier wieder als Rechtssubject ein.

Wandelbarkeit der Subjectsbeziehung.

Bei Rechten mit wandelbarem Subject, wie z. B. beim Inhaberpapier, bei Rechten, die mit einem gewissen Amte verknüpft sind, besteht die Rechtssubstanz unabhängig von dem Wechsel der einzelnen Subjecte und fällt Jedem zu, in dessen Person sich die Bedingung der Subjectsbeziehung erfüllt. Durch die Dereliction löst der zeitige Inhaber nur seine Beziehung zu dem Papier, nicht aber die Subjectsbeziehung desselben überhaupt, welche durch den constituirenden Willen auf jeden Inhaber (Präsentanten) gestellt ist

---

[1]) l. 33 § 2, l. 34 D. de acq. rer. dom. 41, 1: Quoties servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires consumit l. 64 D. de hered. inst. 28, 5.

[2]) l. 13 § 2, 5 D. quod vi 43, 24, l. 13 § 2 D. ad leq. Aquil. 9, 2, l. 15 pr. D. cod.: Aquiliae actio per heraditatem acquisita.

[3]) l. 22 D. de fidej. 46, 1: Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur.

[4]) Vgl. im Allgemeinen v. Savigny, System II S. 363 flgd. Pernice, Labeo I S. 358 flgd. Windscheid III § 531 Note 12. Hierbei ist zu beachten, „daß subjectlos noch nicht rechtlos" ist (Windscheid a. a. O. Note 5, l. 1 § 1 D. si is qui test. 47, 4: natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe andacior factus est. l. 14 § 14 D. de furt. 47, 2.

und hierin allein, nicht in einer „eigenthümlichen rechtlichen Qualität des Papiers" (Gerber) oder „einer demselben einmal verliehenen besonderen Natur" (Ihering) liegt der Grund davon, daß trotz Dereliction des zeitigen Inhabers das Recht aus dem Papier nicht erlischt. Nach der Ausdehnung der durch den constituirenden Willen geschaffenen Subjectsbeziehung entscheidet sich auch die Frage, ob bei Wegfall sämmtlicher zeitiger Mitglieder die Corporation und in Folge davon ihr Recht erlischt. Die Frage ist zu verneinen, sofern der constituirende Wille die Rechtspersönlichkeit nicht an einen geschlossenen Personenkreis, sondern an einen seiner Natur nach wandelbaren Personenbestand geknüpft hat und die Erneuerung des letzteren nicht ausgeschlossen ist.[1])

Gänzliche Aufhebung der Subjectsbeziehung

bewirkt Erlöschen der Rechtssubstanz. So hört das Eigenthum auf in Folge Dereliction der Sache, da es in dem Derelinquenten sein Subject verliert, ohne daß ein anderes Subject eintritt und eine etwaige spätere Occupation nicht die Continuation des früheren Eigenthums, sondern den Beginn eines neuen Eigenthums bedeutet.

Mit dem Eigenthum eines derelinquirten Grundstücks müssen auch die Servitutrechte erlöschen, weil diese nur Erweiterungen des Eigenthums des praedium dominans sind, in dem Eigenthümer des letzteren ihr Subject haben, also accessorischer Natur sind und deßhalb durch den Untergang des Eigenthums, mit dem sie verbunden sind, fortgerissen werden. Wenn in den Quellen die Servituten als Eigenschaften des Grundstücks bezeichnet werden (l. 86 D. de V. S. 50, 16), so kann sich dies nur auf den die Brauchbarkeit des Grundstücks erhöhenden Servitut-Inhalt und die diesem entsprechenden faktischen Zustände (z. B. daß die Wohnräume in Folge eines Fensterrechts hell, trocken u. s. w.) beziehen, nicht aber ist jene Bezeichnung buchstäblich dahin zu verstehen, daß das Servitutrecht selbst eine physische Eigenschaft der Sache wäre.

Confusion und Consolidation.

Die Rechtssubstanz erlischt ferner in Folge einer sie ausschließenden Subjectsänderung. Wo die Subjectsbeziehung sich in eine active und passive Seite scheidet und dem Activsubject ein Passivsubject gegenübersteht (wie z. B. bei der Obligation, bei dem Verhältniß des Eigenthümers zu dem Vindikationsbeklagten, oder eines dinglich Berechtigten zu dem Eigenthümer oder anderen dinglich Berechtigten), muß das Rechtsverhältniß erlöschen, wenn und soweit die Geschiedenheit der Subjectsbeziehung aufhört und Con-

---

[1]) Vgl. Windscheid I § 61. Ihering a. a. O. S. 436—441 (222—226) operirt hier mit der Fortdauer des Rechtszweckes bei Wegfall des Rechtssubjects und meint, daß, weil die Mitglieder nicht Mittel, sondern der Zweck selber, mit ihnen eine Existenzialbedingung wegfalle, und deßhalb die juristische Person untergehe, aber wieder aufwache, wenn sich Personen gefunden haben, in denen ihr Zweck von Neuem aufgenommen und fortgesetzt werden könne.

fusion eintritt, d. h. Aktivsubject und Passivsubject in einer Person zusammentreffen. Das Erlöschen des Rechts durch Confusion geschieht lediglich von Seiten seiner Subjectsbeziehung, nicht aber von Seiten seines Objects, so daß der objective Erfolg, auf den das Recht gerichtet war, nach wie vor möglich und realisirbar bleibt. Wenn es schon richtig ist, daß Niemand gegen sich selbst klagen oder an sich selbst leisten kann, so ist es doch nicht minder wahr, daß der Effekt, den die Klage oder das freiwillige Leisten, Gestatten und Dulden des Passivsubjects gehabt hätte, auch nach der Confusion erreichbar bleibt. So findet der Gläubiger, der den Schuldner beerbt, in dem Nachlaß die Mittel zu seiner Befriedigung in demselben Maße, wie letztere Seitens des Schuldners hätte erfolgen können, und der Servitutberechtigte, der das praedium serviens erwirbt, erfreut sich nach wie vor derselben Vortheile, die ihm die confundirte Servitut bei ihrem Fortbestehen gewährt hätte. Das Recht ist untergegangen, aber der Nutzen desselben ist geblieben! Nur in der Art und Weise, wie dieser Nutzen erreicht wird, ist ein Unterschied eingetreten. Der Gläubiger, der Servitutberechtigte hat nach Eintritt der Confusion kraft des Erbrechts, kraft des Eigenthums, was er sonst jure obligationis oder jure servitutis sich hätte verschaffen müssen. Nicht der materielle Inhalt des confundirten Rechts, sondern nur seine causa formalis ist geändert, indem die Subjectsbeziehung überhaupt nur die causa formalis der concreten Rechtssubstanz bildet.

Die Confusion zerstört also nur die Form des Rechts und zwar in folgender Weise: So lange das Vermögen zweier Personen getrennt ist und die eine aus dem Vermögen der anderen Etwas erhalten und hierauf ein Recht haben soll, so ist dies nur möglich durch eine entsprechende rechtliche Beschränkung der anderen. Diese Beschränkung wird hinfällig, so bald das berechtigte Subject an die Stelle des Verpflichteten tritt, und mit der selbstständigen Verfügung über das Vermögen desselben unmittelbar das ihm geschuldete Object erhält.

Sein Forderungsrecht wird durch seine Gesammtrechtsnachfolge absorbirt und geht in der dadurch erlangten Gesammtverfügung über das Vermögen des Schuldners unter. Hierin liegt das Charakteristische des Untergangs durch Confusion: cum in eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit l. 107 D. de sol. 46, 3. Confusio hereditatis peremit petitionis actionem l. 75 D. eod. Daß das verpflichtete Subject durch Tod wegfällt, würde für sich allein diese Wirkung nicht hervorbringen, da an seine Stelle die Person des Erben getreten ist. Ebenso unrichtig ist es, hier zu sagen: daß beide: Gläubiger und Schuldner „nicht mehr als getrennte Personen bestehen" (Puchta, Pand. § 300), da die Person des Verstorbenen überhaupt nicht mehr existirt, sondern durch eine andere existirende Person ersetzt ist. Ungenau ist aber auch die Vorstellung: daß „Forderung und Schuld in derselben Person zusammentreffen" (Arndts Pand. § 273, Windscheid, Pand. § 352), da in dem Moment dieses vermeintlichen Zusammentreffens: im Moment des Erbschaftserwerbes beide bereits untergegangen sind. Was hier zusammentrifft, ist das Vermögen des Gläubigers

und Schuldners. Falls der Schuldner den Gläubiger beerbt, verwandelt sich seine Beschränkung in Freiheit.

Daß eine in der Person des Hauptschuldners eintretende Confusio, sei es, daß er den Gläubiger oder dieser ihn beerbt hat, auch die Bürgen befreit werden, folgt aus dem accessorischen Character der Bürgschaftsschuld. Daher der Satz: nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse l. 21 § 3, l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1.

Das Gesetz, daß das schwächere Recht durch das stärkere absorbirt wird, tritt auch hervor bei der Beerbung des Hauptschuldners durch den Bürgen und umgekehrt: obligatio salva est, non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam major tollit minorem l. 50 D. de fidej. 46, 1 (Papinianus), cfr. l. 21 § 2 D. eod. fidejussoria obligatio tollitur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest (Africanus). Wenn die Confusio in der Person eines Correus die Obligation der übrigen Correi nicht alterirt, so beruht dies nicht auf einer „partiellen Confusion" [1]), sondern einfach darauf, daß bezüglich jedes Correus eine selbständige Obligation besteht.

Bei dinglichen Rechten vollzieht sich in der Consolidation der Absorptionsproceß zwischen dem schwächeren und stärkeren, dem beschränkten und dem volleren Recht. Der Servitutberechtigte, der das Eigenthum erwirbt, hat nunmehr jure dominii die Vortheile, die ihm das Fortbestehen der Servitut gewährt hätte und umgekehrt wird das praedium serviens frei, wenn der Eigenthümer desselben das praedium dominans hinzuerwirbt: nemini res sua servit, d. h. die Eigenthumsbeschränkung fällt weg, weil er nach dem Erwerb des berechtigten Grundstücks das bisherige Verhältniß beliebig ändern darf.

Dasselbe Gesetz greift auch Platz beim Erwerb des Eigenthums durch den Pfandgläubiger, da er nunmehr kraft des Eigenthums das Verkaufsrecht hat.

Wenn nun aber die Confusionswirkung darauf beruht, daß das absorbirende Recht das stärkere, so muß sie insoweit cessiren, als das Pfandrecht in gewissen Beziehungen sich stärker erweisen kann, als das Eigenthum an der Pfandsache, nämlich etwaigen nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber. Bloß auf Grund seines nunmehrigen Eigenthums würde der prioritätische Pfandgläubiger nicht hindern können, daß der nachstehende Gläubiger sich vorab aus der Sache befriedige, während er auf Grund seines besseren Pfandrechts dies allerdings kann. Die Confusio erschöpft sonach sein Pfandrecht nur nach Seiten des Eigenthums, nicht aber in dem Verhältniß zu den nachstehenden Pfandrechten und bleibt diesen gegenüber sein Pfandrecht bestehen. In dieser Beziehung wird denn auch in den Quellen das vorgehende Pfandrecht unberührt durch den Eigenthumserwerb aufrecht erhalten, l. 30 § 1 i. f. D. de exc. rei jud. 44, 2: In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit dominio acquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen

---

[1]) wie Ihering a. a. O. S. 448 (233) annimmt.

pignoraticia competit: verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse (Paulus.)[1])

Es handelt sich hier nicht um eine willkürliche, etwa aus Billigkeitsrücksichten zugelassene Ausnahme von dem Consolidationsprincip, sondern nach dem Obigen nur um eine richtige und consequente Begrenzung desselben.

Die obige Auffassung des Consolidationsprincips bewährt sich auch an dem von Jhering a. a. O. S. 450 (234) erörterten Fall, wo der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das dienende erwirbt, während an jenem ein Nießbrauch, Emphyteuse oder Pfandrecht bestanden. Die Servitut erlischt nur nach Seiten des Eigenthums des herrschenden Grundstücks, nicht aber in Bezug auf jene dinglichen Rechte an demselben, da der Eigenthümer in Rücksicht der letzteren den bisherigen Rechtszustand, wie er sich unter der Servitut gestaltet hatte, nicht willkürlich ändern darf, also bezüglich des hinzuerworbenen dienenden Grundstücks noch nicht die volle Servitutfreiheit erlangt hat.

Wenn hinwieder, wie in den Fällen der l. 116 § 4 D. de leg. I. (30), l. 18 D. de serv. 8, 1, der fundus serviens Gegenstand eines Damnationslegats, der fundus dominans aber Eigenthum des Erben ist, oder umgekehrt, so tritt Confusio ein, und kann nur, um dem Sinne des Testators zu entsprechen, quia fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, der frühere Zustand durch erneuerte Servitutbestellung hergestellt werden.[2])

Unzutreffend ist der Gesichtspunkt der Confusio bei dem Inhaberpapier, das an den Aussteller (Emittenten) zurückgelangt, da seinem Begründungswillen nach es nicht ein Forderungsrecht zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer darstellt, das durch Uebergabe des Papiers, etwa in Folge fingirter Novation oder Delegation, auf den späteren Erwerber überginge, sondern unmittelbar daraus jeder Inhaber das Gläubigerrecht erlangt, und die Inhaberobligation, d. h. das auf jeden Inhaber gestellte Forderungsrecht, in keiner Weise dadurch afficirt wird, daß das Papier wieder an den Aussteller gekommen ist, dieser Umstand vielmehr rein thatsächlicher Natur ist und die Sache nur in dieselbe Lage bringt, wie vor der Emission. Ebensowenig wie man bezüglich des noch nicht emittirten Papiers von einer Confusion der darin dargestellten Forderung reden kann, kann man das bezüglich des wieder in die Hand des Ausstellers zurückgekehrten; der Obligationsgrund besteht vielmehr in seiner Richtung auf jeden Inhaber unverändert fort.

Wenn es nun auch richtig ist, daß der Aussteller das Recht nicht gegen sich selbst geltend machen kann, so würde daraus nur folgen, daß der Aus-

---

[1]) Es kann deßhalb auch gegen ihn das jus offerendi ausgeübt werden l. 1 C. si antiq. cred. 8, 20. S. im Uebrigen Jhering a. a. O. Note 77.

[2]) Mit Unrecht bezweifelt Jhering a. a. O. S. 451 (235), daß diese Entscheidung der Quellen Billigung verdient. Beim bedingten Vindicationslegat würden allerdings die während der Zwischenzeit confundirten Servituten bei Eintritt der Bedingung ipso jure wieder aufwachen, cfr. l. 73 § 1 D. ad S. C. Trebell. 36, 1, l. 59 pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1. Dazu Jhering a. a. O. Note 74.

steller selbst als Inhaber und Zurückerwerber des Papiers kein geeignetes Activsubject ist, nicht aber der Untergang des bei der Expansionsfähigkeit seiner Subjectsbeziehung noch einer unbegrenzten Zahl anderer Subjecte zugänglichen Rechts. Der Grund für die Ausschließung der Confusio liegt mithin darin, daß die Inhaberobligation auf der activen Seite nicht auf eine bestimmte einzelne Person beschränkt, der einzelne Inhaber zwar der actuell Berechtigte, aber doch nicht mit dem begriffsmäßig gegebenen (ideellen) Activsubject identisch ist.

Ebensowenig kann der Begriff der Confusio Platz greifen, wenn der Wechsel durch Indossament auf den Aussteller oder Acceptanten zurückgegangen ist. Denn das Indossament ist keine Art der Cession, so daß die Indossirung an den Aussteller ein dem Indossanten gegen diesen zustehendes Forderungsrecht zum Gegenstand hätte, sondern es begründet wesentlich nur die Legitimation des Wechselinhabers. Diesem sind die Wechselschuldner unmittelbar kraft ihrer Schrift verpflichtet, so daß der wechselrechtliche Verpflichtungswille (abgesehen von dem Fall, daß die Indossirbarkeit ausgeschlossen ist) schlechthin jedem legitimirten Wechselinhaber, nicht aber bestimmten Personen gilt, so daß etwa nur der Aussteller dem Remittenten, der Indossant dem Indossaten gegenüber sich verpflichten wollte. Die Verpflichtung des Ausstellers behält daher ihre selbständige Bedeutung, auch wenn ihm der Wechsel indossirt wird und hat dies nur die factische Bedeutung, daß der Wechsel, so lange er diesen nicht weiterbegiebt, nicht gegen ihn geltend gemacht werden kann.

Die sog. Hypothek des Eigenthümers im heutigen Recht erklärt sich aus einer positivrechtlichen Modifikation der allgemeinen Grundsätze über Erlöschen von Forderung und Pfand. Denn indem das Grundbuchprinzip zum Untergang einer eingetragenen Forderung die Löschung verlangt, ist von selbst ausgesprochen, daß die Tilgung der Forderung für sich allein nicht mehr zur Aufhebung des eingetragenen Pfandrechts genügt, sondern nur einen Titel zur Löschung begründet, die Hypothek, d. h. das Pfand in Verbindung mit der Schuld daher bis zur erfolgten Löschung fortdauert, woran sich die weitere Folgerung schließt, daß der Eigenthümer wie die Hypothekenforderung zur Löschung bringen, so darüber auch anderweit verfügen und sie weiter begeben kann.[1])

Wie von Seiten des Subjects, kann die Rechtssubstanz auch von Seiten

[1]) Die verschiedenen Constructionsversuche in Betreff der Hypothek des Eigenthümers (Förster, Pr. Privatr. III § 200) gehen alle darin fehl, daß sie die regelmäßigen Grundsätze über Consolidation und Pfand- und Forderungstilgung aufrecht erhalten wollen. Juristisch möglich, aber äußerst künstlich ist die Vermittelungstheorie, wonach die ungelöschte Post, da sie noch auf den Namen des Gläubigers lautet, sich formell noch in dessen Eigenthum befindet, so daß der Schuldner gewissermaßen als procurator in rem suam die Weitercession oder Löschung zu besorgen hat, also durch die Zahlung sich die Ermächtigung zur Weiterverfügung erkauft.

des Objects hinfällig werden. So z. B bei dinglichen und obligatorischen Rechten in Folge Untergangs der Sache und Unmöglichkeit der Leistung. Bei zeitweiligem Wegfall tritt nur ein einstweiliges Ruhen, Quiescenz des Rechts ein: magis cessat obligatio, quam exstincta est.[1])

Bemerkenswerth ist endlich der Einfluß besonderer begrifflicher Voraussetzungen der Rechtssubstanz. So setzt das Pfandrecht als das Recht, sich aus einer fremden Sache bezahlt zu machen, zu seiner Perfection die Existenz einer Forderung voraus. Die Pfandbestellung für eine künftige Forderung ist an sich statthaft und zwar auf alle Fälle mit der Wirkung, daß bei Existenz der Forderung das Pfandrecht perfect wird. Für die Frage aber, ob einem derartigen Pfandrecht die Priorität vor später bestellten Pfandrechten zukommt, kommt es darauf an, ob bei seiner Bestellung die Forderung bereits ihrem Grunde nach gegeben oder überhaupt erst als eine zukünftig zu begründende in Aussicht genommen war. Im ersteren Falle ist durch das bereits zur Zeit der Pfandbestellung vorhanden gewesene reale Causalmoment zur Entstehung der Forderung auch der Grund des Pfandrechts in diesem Zeitpunkt gegeben, was der positiven ratio, die nicht sowohl auf den thatsächlichen Eintritt, als auf den Grund der Rechtswirkung sieht, zur Begründung des Vorrechts genügt. Im letzteren Falle hingegen kann vor Begründung der Forderung auch nicht von Begründung des Pfandrechts und trotz des früheren, schlechthinnigen Bestellungsakts nicht von einem Vorrecht vor später begründeten Pfandrechten die Rede sein. Die Anschauung, daß die causa der Wirkung gleichzustellen, hat eine gewisse metaphysische Berechtigung, da die Wirkung ja nichts als die actuell gewordene causa, und kommt in den Quellen mehrfach zum Vorschein. So läßt Papinian das Alter des für die Restitution einer Dos bestellten Pfandrechts sich nicht nach dem Zeitpunkt der Auszahlung der Dos und der damit erfolgenden thatsächlichen Begründung der Restitutionspflicht entscheiden, sondern zur Begründung der Priorität es genügen, daß zur Zeit der Pfandbestellung das Dotalversprechen vorlag, weil ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur.

Mit dem Grunde der Verpflichtung ist unter normalen Verhältnissen auch die Erfüllung gesetzt, weßhalb non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis l. 1 pr. D. qui pot. 20, 4. Ebenso relevirt bei der Pfandbestellung für eine künftige Miethsforderung hinsichtlich der Priorität nicht sowohl die thatsächliche Gewährung des Miethsgebrauchs bis zum Ablauf der Miethsperiode, als vielmehr der Abschluß des Miethscontracts, quoniam jam tunc (d. h. bei Vorhandensein des letzteren zur Zeit der Pfandbestellung) in ea causa Eros (i. e. servus pignoratus) esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non

---

[1]) S. die Fälle der l. 98 § 8 D. de solut. 46, 3.

possit. l. 9 pr. D. eod. 20, 4.[1]) Auch eine casuell bedingte Forderung genügt.[2])

Dagegen giebt die Pfandbestellung bei noch mangelndem Verpflichtungsgrunde, besonders wo die Eingehung der Verpflichtung vom Belieben des Schuldners[3]) oder die Forderungsbegründung vom Belieben des Gläubigers[4]) abhängt, noch kein Vorrecht vor später bestellten Pfandrechten.

Voraussetzung ist ferner, daß die demnächst entstehende Forderung dem Empfänger der Pfandbestellung zufällt.[5])

Eine begriffliche Voraussetzung der Rechtssubstanz ist es endlich, daß der Schuldner nicht in der Gewalt des Gläubigers steht, da in diesem Fall das Forderungsrecht durch das Gewaltrecht erübrigt wird.[6])

§ 32. Substantielle Pendenz oder Causalität des bedingten Rechtswillens bei präsentem Subject oder Object.

I. Suspensivbedingung: bedingter und eventueller Rechtswille.

a. Wesen des bedingten Willens.

Wenn dem (suspensiv) bedingten Rechtswillen irgendwelche Bedeutung zugeschrieben werden soll, so muß er in sich ein perfecter, abgeschlossener und vor Allem wirklich existirender sein.[7]) Denn befände er selbst sich noch im Zustande der Pendenz, wäre er noch Nichts Wirkliches, so kann er auch nach keiner Richtung Causalität entfalten. Wäre nun der bedingte Wille, wie dies von Einigen geschieht, dahin zu fassen, daß nicht das Gewollte, nicht der Inhalt des Willens, sondern der Wille selbst ein bedingter wäre (ich will — wenn), so wäre die Frage nach der Causalität des bedingten

---

[1]) Weitere Anwendungsfälle bei Ansprüchen gegen den Vater aus der Verwaltung der Adventicien, l. 6 § 4 C. de bon. q. lib. 6, 60: initium gerendae vel deferendae administrationis vel observationis esse spectandum, non tempus, ex quo male aliquid gestum fuerit, ferner wegen der Ansprüche auf den Ehegewinn gegen den parens binubus l. 6 § 2, l. 8 § 4 D. de sec. nupt. 5, 9. Vgl. Jhering a. a. O. Note 106.

[2]) l. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4, insbesondere auch eine bedingte Legatenforderung l. 9 § 2 eod.

[3]) Fall der l. 11 pr. D. eod. 20, 4, Fall einer bedingten Forderung, wenn die Erfüllung der Bedingung in der Willkür des Schuldners steht, l. 9 § 2 D. eod.

[4]) Fall der l. 1 § 1 D. eod.

[5]) Fall der l. 28 D. de pign. 20, 1.

[6]) Gajus IV § 78, woselbst auch über das nach Ansicht der Proculejaner unter Umständen eintretende Quiesciren der Rechtssubstanz berichtet wird, cfr. ferner l. 16, l. 17 pr. D. de furtis 47, 2, § 6 J. de nox. act. 4, 8, l. 4 D. de jud. 5, 1, l. 11 D. eod. l. 2 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

[7]) Richtig Köppen a. a. O. S. 163, 164: der sub conditione contrahirte Kauf ist mit dem Consens über Gegenstand und Preis, die Bedingung mag auf Privatdisposition beruhen oder eine conditio juris sein, ein vollendetes Rechtsgeschäft (Contractum negotium), nur die Rechtsverhältnisse, die Obligationen (emtio, venditio), welche durch ihn entstehen sollen, sind noch unvollendet und in pendenti.

Willens im verneinenden Sinne zu entscheiden, denn mit der Ungewißheit des Eintritts der Bedingung wird auch von selbst der Wille des Erklärenden in's Ungewisse gestellt. Allein jene Auffassung verwechselt den bedingten und den eventuellen Willen. Die Formel: ich will — wenn, besagt, daß der Wille nur für einen gewissen Fall erklärt sein und gelten soll, so z. B. bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution, bei der Beschränkung auf den Pflichttheil für den Fall, daß die Enterbung mit Erfolg angefochten werden sollte. Der eventuelle Wille hat seine volle Berechtigung, wo verschiedene Eventualitäten in Betracht zu ziehen sind und, je nachdem die künftige Gestaltung der Dinge so oder anders ausfällt, Vorsorge getroffen werden muß.

Im Gegensatz zu dem eventuellen Willen ist der bedingte Wille ein solcher, der nicht erst für einen künftigen Fall Platz greifen soll, sondern bereits gefaßt ist und endgültig feststeht, aber darauf geht, daß das, was gewollt ist: der vorgestellte Rechtserfolg nicht schlechthin und ohne Weiteres, sondern erst bei Eintritt eines künftigen Ereignisses sich verwirklichen soll. Bei der bedingten Willenserklärung soll nicht der Wille selbst, sondern nur das Gewollte in einem gewissen Falle eintreten. Diese Auffassung entspricht auch dem pragmatischen Inhalt der bedingten Willenserklärung. So bedeutet z. B. die Stipulation: Spondesne X dare, si navis ex Asia venerit, spondeo offenbar nicht, daß, falls die Bedingung eintritt, das Versprechen als abgegeben gelten soll, sondern daß, falls die Bedingung eintritt, das Versprochene geleistet werden soll.

Ist nun die bedingte Willenserklärung eine wirkliche, gegenwärtige und perfecte, so bleibt die Frage offen, ob und welche Art von Causalität ihr zukommt. Wenn hier von Causalität des bedingten Rechtswillens die Rede ist, so kann darunter nur diejenige Causalität verstanden werden, die ihm als solchen zukommt, die er aus sich selbst entwickelt. Nicht aber gehören hierher solche Wirkungen, die mit Rücksicht auf das bedingte Rechtsgeschäft aus anderen, von dem bedingten Rechtswillen unabhängigen Gründen hervorgehen, wie z. B. daß der Verpflichtete die Bedingung nicht schuldhafterweise vereiteln darf, daß der bedingt Berechtigte Sicherheitsbestellung verlangen kann. Diese Folgen beruhen auf besonderen Rechts- und Billigkeitsgründen. Daß ferner ein Anspruch, der mit dem bedingten Rechtsgeschäft derart in Verbindung steht, daß er von der Deficienz der Bedingung dieses Geschäfts abhängig ist, nicht während des Schwebens geltend gemacht werden kann, hat nicht in dem bedingten Rechtswillen, sondern in der Unzulässigkeit der petitio ante tempus seinen Grund.[1]) Daß ferner ein bedingtes Recht schon pendente conditione Gegenstand einer Disposition und des Erbgangs ist, beruht darauf, daß das bedingte Recht mit Rücksicht auf den möglichen Eintritt der Bedingung als ein eventuelles Vermögensobject erscheint, also nicht

---

[1]) Fall der l. 36 D. de reb. cred. 12, 1: quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione (d. i. dem bedingten Rechtsgeschäft) deberi possit, ante tempus petere videor. l. 80, 83 D. de jure dot. 23, 3.

auf einer Wirkung des bedingten Rechtswillens vor dem Eintritt der Bedingung, sondern auf der Wirkung nach Eintritt der Bedingung. Ebensowenig können die Folgen der Rückziehung der eingetretenen Bedingung als Wirkungen des Zustandes während des Schwebens der Bedingung und des bedingten Willens als solchen gelten.

b. Bedeutung des bedingten Rechtswillens.

1. Der bedingte Rechtswille hat nur bedingte Rechtswirkung. Vor dem Eintritt der Bedingung ist noch in keinem Punkte rechtliche Substanz gesetzt, d. h. es ist noch in keinem Punkte der Willensinhalt zu wirklicher Rechtsnothwendigkeit geworden. Vor dem Eintritt der Bedingung ist noch keine rechtliche Veränderung wirklich geworden, keine Rechtsfolge eingetreten. Von irgend einer Rechtsfolge, die ohne Rücksicht auf Eintritt der Bedingung durch den bedingten Willen hervorgebracht worden wäre, kann nicht die Rede sein, weil eine solche ja auch nach Deficienz der Bedingung fortdauern müßte, unzweifelhaft aber nach Deficienz der Bedingung juristisch ein Nichts vorliegt.

Der bedingte Rechtswille reicht also noch nicht zur Wirkung heran. Nichtsdestoweniger gehört er selbst aber bereits dem Gebiet des Wirklichen an; er selbst ist Etwas Wirkliches, er ist ein Wirkliches, das in Causalität übergehen kann. Er ist, so lange die Bedingung schwebt, noch nicht Ursache, wohl aber ein Wirkliches, das zur Ursache eines anderen Wirklichen: der Rechtsfolge, werden kann; er ist noch nicht causa, wohl aber ein causales Moment. Er enthält in sich Grund und Bedingung zugleich. Mit Eintritt der Bedingung schlägt der Grund über in Ursache. Hieraus ergiebt sich auch der Unterschied zwischen dem bedingten Willen und einem gar nicht vorhandenen Willen. Wo gar kein Wille geäußert ist oder der etwa geäußerte Wille rechtlich nicht in Betracht kommt, kann in der gegebenen Beziehung niemals Rechtswirkung eintreten, soviel auch der Umstände, über die da objective Ungewißheit herrschte, eintreten mögen. Dagegen ist es die Wirkung des bedingten Rechtswillens, daß, wenn ein solcher Umstand eintritt, die Rechtsfolge entsteht. Der bedingte Wille ist ein reales Causalmoment, reale Potenz, die zu ihrer Actualität nur noch eines Anstoßes bedarf und diesen durch Eintritt des zur Bedingung gesetzten, an sich bedeutungslosen Faktums erhält. Gemeinsam allen Fällen der bedingten Rechtswirkung, mag es sich um Begründung, Aufhebung oder Uebertragung von Rechten handeln, ist, daß die bezweckte Rechtswirkung zwar noch nichts Wirkliches, aber doch zu ihr bereits der reale Grund gegeben ist und ihre wesentlichen Existenz- und Daseinsbedingungen vorhanden sind. Die Nichtwirklichkeit des bedingten Rechts bezw. der bedingten Rechtsübertragung wird mehrfach in den Quellen angedeutet. So wird das bedingte Recht unumwunden als Nichtrecht bezeichnet: ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio existat mors nobis

contigerit, § 4 J. de V. O. 3, 15. Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura vel qui spem habent, ut competat l. 54 D. de V. S. 50, 16. Ubi sub conditione (quis stipulatus fuerit), neque cessit neque venit dies, pendente adhuc conditione l. 213 D. de V. S. 50, 16.

Die bedingte Tradition giebt dem Empfänger noch kein Eigenthum, nicht einmal einen Usukapionstitel[1]); bei der mortis causa donatio, wenn das Nichtüberleben des Gebers als Suspensivbedingung gemeint, hat dieser, nicht aber der Empfänger die Vindikation l. 29 D. de mort. c. don. 39, 6. Der bedingt Berechtigte, welcher vor Eintritt der Bedingung die Klage anstellt, macht sich einer plus petitio schuldig.[2]) Bei den arbitrariae actiones konnte jedoch sein Interesse dadurch gewahrt werden, daß der Beklagte vor der Absolution zur Restitution nach Eintritt der Bedingung verpflichtet wurde.[3])

2. Andererseits kommt auch die Anschauung zum Ausdruck, daß in dem bedingten Rechtsgeschäft schon ein reales Causalmoment zu einem Recht gegeben ist.

So heißt es in l. 26 D. de stipul. serv. 45, 3: Ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit (Paulus lib. 1 Manualium). Die bedingte Stipulation, wenn sie auch nicht sofort ein wirkliches Recht (petitio) hervorbringt, trägt doch die rechtserzeugende Kraft (vires) schon im Moment ihrer Errichtung (ex praesenti) in sich, ist schon an sich die rechtsschaffende Potenz und kann hierzu das indifferente Faktum, welches den Inhalt der Bedingung bildet, nicht das Mindeste beitragen. Hieraus folgt, daß, wenn das bedingte Rechtsgeschäft nicht schon an sich, d. h. bei unbedingter Errichtung die Rechtssubstanz, die Rechtsnothwendigkeit hervorzubringen vermag, der Eintritt des zur Bedingung gesetzten Faktums ihm diese Kraft nicht geben und eine Rechtswirkung nicht hervorgebracht werden kann. In dem in l. 26 cit. behandelten Falle: Stipulation eines Usus fructus für den künftigen Erben durch einen servus hereditarius wird daher selbst bei Hinzufügung einer Bedingung zu der Stipulation Nichts, nicht einmal eine bedingte Rechtswirkung erzielt. Denn der Nießbrauch ist nicht ohne Beziehung auf eine bestimmte Person denkbar (usus fructus

---

[1]) l. 8 D. de peric. et. com. 18, 6, l. 2 § 2 D. pro emt. 41, 4, l. 1 § 2 D. pro dote 41, 9.

[2]) Plus petitur tempore: veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit § 33 J. de act. 4, 6.

[3]) So bei der actio hypothecaria: Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt: si conditio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1. Hinter den Worten solutam non esse ist offenbar zu suppliren: attamen ante tempus petitur et ideo reus absolvi debet. Mit Rücksicht auf die Constitution des Zeno haben anscheinend die Compilatoren den auf die plus petitio bezüglichen Zusatz gestrichen.

sine persona esse non potest). Die Person des Nießbrauchers ist nicht, wie etwa die Person des Eigenthümers, bloß Rechtssubject, sondern zugleich auch substantielles Moment des Rechts selbst, indem beim Nießbrauch, wie bei allen anderen Servituten, die substantielle Individualität des Rechts durch die subjective Beziehung bestimmt wird; der Nießbrauch an derselben Sache ist seiner Qualität und Substanz nach verschieden, je nachdem er dem A oder dem B zusteht („diversi sunt fructus" l. 38 § 12 D. de V. O. 45, 1), während das Eigenthum derselben Sache sich qualitativ und substantiell gleichbleibt, mag es dem A oder seinem Nachfolger oder einem beliebigen Dritten zustehen. Die beziehungslose Stipulation eines Usufructus ist daher inhaltslos und sowohl als pura als sub conditione ohne Bedeutung. Die Ergänzung des Stipulationsinhalts durch einen späteren die Person des Berechtigten herausstellenden Umstand ist nach dem Recht der Stipulationen principmäßig ausgeschlossen.[1])

Die grundlegende Bedeutung des bedingten Rechtsgeschäfts erhellt ferner daraus, daß das bedingte Recht für Denjenigen, für den es einmal begründet war, nach Eintritt der Bedingung schlechterdings zur Entstehung kommen muß, wenn auch inzwischen gewisse Voraussetzungen zur gültigen Errichtung des Geschäfts weggefallen sein sollten; l. 78 D. de V. O. 45, 1: Si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus l. 40 D. de stip. serv. 45, 3: — quia potestas ejus tunc, cum id contraheretur, nostra fuit. l. 18 D. de R. J. 50, 17, cfr. l. 5 C. de condit. ins. 6, 46.

3. Daß die Rechtswirkung erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt, wird mehrfach hervorgehoben: Quotiens, quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum conditio exstiterit l. 14 pr. D. de nov. 46, 2 l. 8. § 1 eod.

Es wird jedoch zur Entstehung der Rechtswirkung Vorhandensein von Subject und Object bei Eintritt der Bedingung vorausgesetzt.

Es kommt daher keine Obligation zu Stande, wenn der Promittent vor Eintritt der Bedingung durch capitis dem. wegfällt: quoniam nunc, cum extitit conditio, non est persona, quae obligatur, l. 14 § 1 D. eod. Unter Umständen kann auch der natürliche Tod die Entstehung der bedingten Obligation vereiteln, wie der in l. 72 D. de fidej. 46, 1 behandelte Fall zeigt: Si fidejussori sub conditione obligato, si navis ex Asia venerit, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit et is

---

[1]) Bei dem freieren Recht der Vermächtnisse war eine solche Ergänzung statthaft: legari autem ei (sc. servo hereditario) posse usus fructus dicitur, quia dies ejus non cedit statim. stipulatio autem pura suspendi non potest. l. 26 cit. cfr. l. 16 D. eod: Servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus, nihil agit: quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit.

fidejussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam jam mortui efficere, neque acceptilationem confirmare possit (Gajus lib. 3 de verb. oblig.).

Dagegen ist der Tod des Promittenten kein Hinderniß für die Perfection der Obligation, wenn diese nicht an seine Person gebunden ist; die persona des defunctus wird hier durch die hereditas jacens bezw. die persona heredis ersetzt, l. 24 D. de nov. 46, 2: Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. Nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub conditione, quod mihi Sempronius debet, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem conditio exstiterit, novatio fieret. hic enim morte promissoris non exstingitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet (Pomponius lib. 5 ex Plautio), wie auch die Persönlichkeit der hereditas sich hülfreich erweist zur Ermöglichung der Bürgschaft nach dem Tode des Hauptschuldners und vor Antritt der Erbschaft nach ihm, in l. 22 D. de fidej.: 46, 1. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas (Florent. lib. 8 Instit.)

Hiernach macht die Fortsetzung der Persönlichkeit des Obligationssubjects durch die hereditas bezw. den Erben auch erklärlich, daß die bedingte Obligation sich activ und passiv vererbt. Die weitere Voraussetzung aber ist, daß der bezweckte Rechtsinhalt nicht — wie in dem Fall einer höchst persönlichen Verpflichtung — auf die Person des Promittenten beschränkt ist und die concrete Subjectsbeziehung als substantielles Moment aufnimmt. Die Erstreckung auf die Erben wird hierdurch ermöglicht und durch die fictive Fortsetzung der Persönlichkeit der ursprünglichen Obligationssubjecte verwirklicht.

Wie das Subject, muß auch das Object bei Eintreten der Bedingung vorhanden sein, l. 14 D. de nov. 46, 2: Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente obligatione decesserit, nec novatio contingit, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur.

Objectlos ist aber auch die pure geschehene Novation einer bedingten Schuld, so lange nicht die Bedingung eingetreten ist: nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, cum exstiterit conditio l. 14 § 1 D eod.

Dieser Satz muß als in der Natur der Sache begründet, wie bei bedingten Stipulationen und Vermächtnissen, so auch bei Geschäften anderer Art, insbesondere beim Kauf gelten, wie dies auch aus der bruchstückartigen l. 8 D. de peric. et com. 18, 6 herauszulesen ist: sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Man sollte nun erwarten, daß auch bei Verschlechterung des Kauf-

objects der Kauf nach dem Eintritt der Bedingung nur auf veränderter Basis, etwa unter einer verhältnißmäßigen Preisreduction (aestimatione viri boni arbitratu habita l. 57 D. de contr. empt. 18, 1) zu Stande kommen könnte, da ein periculum des Käufers vor der Perfection des Kaufes ohne besondere Abrede völlig unmotivirt erscheint, und, wenn den Käufer nicht das periculum interitus trifft, dies consequent auch vom periculum deteriorationis gelten muß. Positivrechtlich ist es jedoch anders bestimmt: Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris l. 8 cit. Diese Entscheidung ist nur construirbar durch Unterstellung einer auf das periculum deteriorationis gerichteten stillschweigenden Parteiabsicht, gemäß l. 10 pr. D. de peric. et com. 18, 6: Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris servaretur, puto pactum valere. Das zurückhaltende potest dici, womit jener Satz ausgesprochen wird, deutet an, daß derselbe nicht aus der Natur der Sache folgt, sondern nur seine bedingte Richtigkeit hat.

4. Rückziehung. Wenngleich der natürliche Gedanke, daß die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts erst mit der Erfüllung der Bedingung eintritt, in den Quellen mehrfach anerkannt wird, so soll doch nach anderen unzweideutigen Quellen-Aussprüchen die eingetretene Wirkung so behandelt werden, als wäre sie schon zur Zeit der Errichtung des bedingten Rechtsgeschäfts eingetreten gewesen, l. 11 § 1 D. qui pot. in pig. 20, 3: Quum semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset (Gajus, libr. singulari de form. hyp.), l. 16 D. de solut. 46, 3: Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus (Pomponius lib. 15 ad Sabinum) cfr. l. 8 pr. D. de contr. empt. 18, 1: et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur (Pomponius lib. 9 ad Sabinum) l. 8 pr. D. de peric. et com. 18, 6: constat si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum (Paulus lib. 33 ad edict.).

Die in diesen Stellen angenommene Rückziehung besteht darin, daß eine Rechtswirkung, die vermöge der Beschaffenheit ihres Grundes erst in einem späteren Zeitpunkt eingetreten ist, als in demjenigen früheren Zeitpunkt eingetreten erachtet wird, zu welchem sie eingetreten sein würde, wenn ihr Grund ein sofort wirkender gewesen wäre, also zur Zeit der Errichtung des bedingten Rechtsgeschäfts selbst — dies aber unbeschadet der objectiven Wahrheit, daß sie thatsächlich erst später eingetreten ist. Die Rückziehung in diesem Sinne ist nur eine Anwendung des bereits oben berührten Princips der Gleichstellung des Grundes und der Folge, der Ursache (causa) und der Wirkung.

Hierdurch unterscheidet sich diese Art Rückziehung von der Fiktion, indem diese sich von der objectiven Wahrheit entfernt, so daß die rechtliche Auffassung sich mit der Wirklichkeit nicht deckt und die Rechtszustände von

einer fictiven Grundlage aus rückwärts bestimmt werden [z. B. jus postliminii[1]), fictio legis Corneliae.[2])] Von der Rückziehung im obigen Sinne aber und der Rechtsfiction unterscheidet sich hinwieder die rückreichende Klarstellung (declaratio retrospectiva) dadurch[3]), daß sie eine Ungewißheit über Vorhandensein oder Charakter einer Rechtswirkung beseitigt. einen Pendenzfall entscheidet und hinterher (ex postfacto) herausstellt, welches Rechtsverhältniß in einem gegebenen früheren Zeitpunkt anzunehmen gewesen wäre oder derzeit anzunehmen ist. Dahin gehört: der Repuls des Vindikationslegats, Heimfall des pecul. castrense an den Vater, Wirkung der querela inofficiosi, besonders in Bezug auf die durch den Erbschaftsantritt confundirten Rechte des heres scriptus, Ausübung des Wiedereinlösungsrechts durch den Pfandschuldner. Nicht dagegen gehört hierher: der Erwerb des servus fructuarius und das Verhältniß der Ersatzstücke (capita summittenda) beim Nießbrauch der Heerde vor der Zutheilung, da es sich hier um disjunctive Pendenz des Erwerbes und den Erwerb perficirende Momente handelt. Es ist unzutreffend, mit Fitting[4]) hier von „Rückziehung im eigentlichen Sinne" zu reden, da hier in Wahrheit Nichts zurückgezogen, nicht eine später eingetretene Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt zurückverlegt wird, das spätere Ereigniß keine causale, sondern rein deklarative Bedeutung hat, indem es nicht mit rückwärts gestaltender Kraft ein Rechtsverhältniß hervorbringt oder erneuert[5]), sondern nur die Erkenntniß des früheren Vorhandenseins eines solchen verschafft.

Will man überhaupt von Rückziehung reden, so kann dies nur im erstgedachten Sinne geschehen: im Sinne der Rückverlegung einer später eingetretenen Wirkung auf einen früheren Zeitpunkt. In diesem Sinne wird der Begriff der Rückziehung auch von der hergebrachten Theorie verstanden, so besonders in dem Satze: conditio existens retrotrahitur. Nicht identisch mit der Rückziehung der Bedingung in diesem Sinne ist die Auffassung, daß „der eigentliche Grund der eingetretenen Wirkung nicht die jetzt erfüllte

---

[1]) l. 5 § 1 D. de capt. 49, 15: perinde omnia restituuntur ei jura ac si captus ab hostibus non esset l. 12 § 15, l. 16 D. eod.

[2]) l. 18 D. eod. In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.

[3]) l. 15 D. de reb. dub. 34, 5: ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est. l. 98 § 3 D. de solut. 46, 3: (res) cujus fuerit, eventus declaret sitque et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarent.

l. 57 pr. D. de usufr. 7, 1: mansisse fructus jus integrum, ex postfacto apparuit. l. 19 § 5 D. de castr. pec. 49, 17: in pendenti, ut in aliis et in hac specie habeamus dominia, ut ex facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus, l. 7 D. de manum. 40, 4: ex postfacto respondemus, retro liberum fuisse.

[4]) Rückziehung, S. 6, 64 flgd., S. 90.

[5]) Es ist deshalb unrichtig, wenn Fitting S. 7, 8, 49, 50 unter diesen Begriff der Rückziehung auch die Fiktionsfälle (jus postliminii, fictio leg. Cornel.) subsumirt, da die Fiktion thatkräftig in den Rechtszustand rückwärts gestaltend eingreift und z. B. die Wiederherstellung des Status des früheren Rechts und die Möglichkeit der Beerbung bewirkt.

Bedingung, sondern die damals abgegebene Willenserklärung sei und jene dieser rückwärts Kraft verleihe" (Windscheid, Pand. § 91 Note 1). So richtig diese Auffassung an sich ist, so trifft sie doch nicht die Frage, weßhalb die eingetretene Wirkung als bereits zur Zeit der Errichtung des bedingten Rechtsgeschäfts eingetreten erachtet wird?

Diese Frage ruft die weitere Frage hervor, welches praktische Interesse sich an die Rückdatirung der Rechtswirkung auf einen früheren Zeitpunkt knüpft? Die Rückziehung ist unentbehrlich zunächst für die Singular- und Universalsuccession, denn hält man buchstäblich daran fest, daß das bedingte Recht erst mit der Erfüllung der Bedingung existent wird, wie könnte, wenn die Bedingung sich erst bei dem Nachfolger erfüllt, von einem Uebergang des bis dahin noch gar nicht vorhanden gewesenen Rechts die Rede sein? So wird denn ausdrücklich die Rückziehung für die Vererblichkeit des bedingten Rechts zu Hülfe genommen in l. 8 D. de peric. 18, 6: Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum (Paulus). Daher auch in den Quellen die häufige Hervorhebung, daß die bedingte Obligation activ und passiv vererblich, welcher Satz also doch nicht so ganz selbstverständlich gewesen sein muß.[1]) Die Rückziehung ermöglicht ferner die Novation,[2]) Acceptilation[3]) und Cession[4]) einer bedingten Obligation, da diese Akte eine wirkliche Obligation als Object voraussetzen. Sie ist ferner wichtig für die accessorischen Rechtsgeschäfte, indem sie z. B. bewirkt, daß das für eine bedingte Schuld bestellte Pfandrecht als schon im Moment der Bestellung perfect geworden angesehen wird, obwohl es zu dieser Zeit an der objectiven Voraussetzung: dem Vorhandensein der Pfandschuld noch fehlte, da diese nach Eintritt der Bedingung als schon ehedem vorhanden gewesen gilt.[5]) Die Bedeutung der Rückziehung liegt nach diesen Anwendungen einfach darin, daß schon vor Eintritt der Bedingung das bedingte Recht als ein geeignetes Object des Erbgangs und des Rechtsverkehrs erscheint und in Bezug auf dasselbe Rechtsgeschäfte ermöglicht werden, die begrifflich ein bereits existentes Recht voraussetzen, so daß in diesen Beziehungen das bedingte Recht einem unbedingten gleichzuachten ist. Die Rückziehung erscheint sonach als eine juristisch-technische, durch das praktische Bedürfniß gebotene Veränderung des natürlichen Zeitpunktes der Entstehung der Rechtswirkung aus einem bedingten Rechtsgeschäft. Diese Modifikation des natürlichen Zeitverhältnisses ist aber keine durchaus willkürliche, sondern hat einen objectiven Anhalt insofern, als sie auf den Zeitpunkt zurückgeht, wo zuerst die causa der eingetretenen Rechtswirkung ge-

[1]) § 4 J. de V. O. 3, 15, § 25 J. de inut. stip. 3, 19, l. 57 D. de V. O. 45, 1. l. 36 § 1 fin. D. de usufr. 7, 1.

[2]) l. 14 § 1 D. de nov. 46, 2.

[3]) l. 16 D. de sol. 46, 3, l. 12, l. 13 § 6, § 8 D. de acc. 46, 4.

[4]) l. 17, 19 D. de hered. vend. 18, 4, l. 41 D. de cond. 35, 1.

[5]) l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4.

geben war, und diesem Zeitpunkt den Vorzug giebt vor dem zufälligen späteren Zeitpunkt der Verwirklichung der causa, und also mit dem Beginn statt mit dem Abschluß des Causalprocesses anhebt. Hieraus ergiebt sich ferner, daß die Ableitung der Rückziehung aus einem ausdrücklich oder stillschweigend darauf gerichteten Parteiwillen unstatthaft ist, und verbietet sich diese Auffassung[1]) schon dadurch, daß es über die Macht des subjectiven Willens hinausgeht, ein Geschehenes als ein nicht oder anders oder zu einer anderen Zeit Geschehenes mit rechtlicher Wirkung zu setzen. Die Rückziehung als ein künstliches Auskunftsmittel: für das bedingte Recht die Succession, Vorausverfügung und accessorische Rechtsbestellung zu ermöglichen, muß auf diesen Zweck beschränkt bleiben[2]) und bewendet es in allen anderen Beziehungen bei der objectiven Wahrheit: daß das bedingte Recht noch einstweilen ein juristisches Nichts ist. So kann z. B. die Rückziehung nicht angerufen werden, um die Usukapion des Käufers pendente conditione oder einen Anspruch desselben auf die Früchte der Zwischenzeit zu begründen, aber auch nicht, um auf ihn das periculum interitus abzuwälzen oder seine Condiction wegen des vor Eintritt der Bedingung gezahlten Kaufpreises abzuschneiden.[3])

Hierin liegt auch das wahre Moment der Ansicht, welche bei der Rückziehung der Bedingung zwischen dem Rechtserwerb und den Früchten der Zwischenzeit, zwischen Existenz und Ausübung des Rechts unterscheidet, und letztere von der Rückziehung ausschließt (v. Vangerow I § 95 S. 144—146, Wächter, Handbuch II S. 708—710). Daß diese Unterscheidung bisher wenig Beifall fand, erklärt sich daraus, daß ihr die principielle Grundlage zu fehlen schien. Der Anspruch des Bedingtberechtigten auf die Früchte der Zwischenzeit versteht sich nicht mit der Rückziehung von selbst, sondern verlangt seine besondere Begründung z. B. durch ein Nebenpactum.

In keinem Zusammenhang mit der Rückziehung steht die Ersatzpflicht des bedingt Belasteten, wenn die Entstehung des bedingten Rechts durch seine culpa vereitelt wird, da jene Pflicht vielmehr darauf beruht, daß das Verhalten des Verpflichteten dem bedingten Rechtsgeschäft gegenüber eine Rechtswidrigkeit enthält. Unzutreffend ist es, wenn Arndts

---

[1]) welche besonders Windscheid, I § 91 zu Note 1 vertritt. Vgl. jedoch am Ende der Note 1: „und so verstanden, ist die Rückwirkung denn freilich von dem Willen der Parteien unabhängig."

[2]) Eine analoge Anwendung der Rückziehung findet sich beim Kauf einer res futura: ut cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur l. 8 pr. D. de contr. empt. 18, 1. Die Rückziehung wird hier gerade für die Zulässigkeit des Kaufs einer res futura herangezogen, vgl. Bechmann, Kauf, II S. 399.

[3]) l. 8 D. de peric. 8, 6: Quodsi pendente conditione res tradita est, emptor non poterit eam usucapere et quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt. Es ist nicht nöthig, mit Vangerow III § 591 V S. 213 vor den Worten: quod pretii etc. zu subintelligiren, daß die Sache zu Grunde gegangen ist. cfr. l. 16 pr. § 1, l. 18, l. 48, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12, 6.

(Pand. § 71 Note 3) meint, daß „die Erfüllung der Bedingung insofern auf die Vergangenheit zurückwirkt, als nun das Verhalten des Verpflichteten obligationswidrig erscheint und ihn verantwortlich macht, während es deficiente conditione von keiner Bedeutung wäre", da die Erfüllung der Bedingung hier nicht eigentlich rückziehend, sondern deklarirend wirkt, und ferner deklarirt wird: nicht, daß das Verhalten des Verpflichteten ein rechtswidriges war — ein solches war es ohnehin — sondern, daß in Folge desselben ein Schaden entstanden, nämlich ein Recht vereitelt ist, das sonst zur Entstehung gelangt wäre.

Hinwieder ist es nicht „eine Consequenz der durch die bedingte Willenserklärung geschaffenen Gebundenheit", wie Windscheid I § 89 annimmt, sondern beruht es gerade auf der Rückziehung, daß „wenn der bedingt Belastete stirbt, an seine Stelle seine Erben treten.[1])

Die Rückziehung bezieht sich ferner nur auf die Verwirklichung des Grundes der bedingten Rechtswirkung, nicht aber auf die subjectiven oder objectiven Voraussetzungen derselben. Es ist daher weder eine Ausnahme von dem Princip der Rückziehung, daß „die objectiven Erfordernisse des Geschäfts nicht nach dem Augenblick des Geschäftsabschlusses, sondern vielmehr lediglich nach dem Zeitpunkt der erfüllten Bedingung beurtheilt werden müssen" und z. B. die Stipulation der eigenen Sache gültig ist, wenn sie zu jenem Zeitpunkt sich nicht mehr im Eigenthum des Stipulators befindet, noch eine Anwendung des Princips, „daß, wenn ein Haussohn oder ein Sklave einen bedingten Vertrag abschließt, die actio dem Gewalthaber erworben wird, wenn auch zur Zeit der erfüllten Bedingung das Gewaltverhältniß bereits gelöst ist" l. 78 pr. D. de V. O. 45, 1, l. ult. D. de stip. serv. 45, 3, l. 18 D. de R. J. 50, 17, da es sich hierbei nicht um die Rückdatirung des existent gewordenen Rechts, sondern um die Erfordernisse seiner Begründung handelt. Unbetheiligt ist ferner die Rückziehung dabei, daß der Gläubiger einer bedingten Stipulation schon vor dem Eintritt der Bedingung als Gläubiger erachtet wird, der Legatar eines bedingten Legats dagegen nicht,[2]) und wegen eines bedingten Legats auch nicht eine manumissio als in fraudem creditoris geschehen angefochten[3]) werden kann, vielmehr erklärt sich dies aus der verschiedenen Natur des Rechtserwerbs aus Geschäften unter Lebenden und aus letztwilligen Dispositionen. Der erbrechtliche Erwerb setzt voraus, daß der Berufene (Erbe, Vermächtnißnehmer) zur Zeit der Erfüllung der Bedingung existirt und hat somit dieser Zeitpunkt nicht bloß die Bedeutung, daß in ihm sich der Grund des Erwerbes verwirklicht, sondern auch die, daß in ihm sich eine subjective Voraussetzung des Er-

---

[1]) Dem Princip, daß das bedingte Recht aktiv und passiv vererblich, widerstreitet l. 9 § 1 D. de jure dot. 23, 3 bei richtiger Interpretation (s. unten S. 171 flgd.) nicht. Vgl. dagegen Windscheid I § 89 Note 6.

[2]) l. 42 pr. D. de O et A 44, 7.

[3]) l. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9. A. M. v. Vangerow, Pand. § 95, II, 1.

werbes entscheidet, und mit ihm sich erst die Verknüpfung des Vermächtnißrechts mit der Person des Honorirten vollzieht. Bis diese subjective Voraussetzung sich erfüllt hat, ist die Vererblichkeit ausgeschlossen, da sonst zu unterstellen wäre, daß die Erfüllung der Bedingung auch nach dem Tode des Honorirten wirksam geschehen könnte. Wo es sich dagegen nicht um die subjectiven Voraussetzungen, sondern um Aenderung oder Aufhebung der Rechtssubstanz handelt, sind die darauf gerichteten Rechtsakte, wie z. B. Novation, Erlaß, auch bei bedingten Vermächtnißforderungen möglich.[1]) Lediglich wegen der noch mangelnden Verknüpfung mit dem honorirten Subject steht das bedingte Vermächtniß hinter dem bedingten Forderungsrecht aus einem Vertrage oder vertragsähnlichen Grunde zurück, und ließe sich diesem erst nach Eintritt des dies cedens vergleichen, insofern die Perfection des Erwerbes fortan nur noch von der conditio juris: dem Antritt des Erben abhängt. Wenn somit bei bedingten Vermächtnissen für die Rückziehung kein Raum ist, nichtsdestoweniger aber für dieselben Pfandrechtsbestellung möglich und zwar mit Priorität vor später bestellten Pfandrechten (l. 9 § 2 D. qui pot. 20, 4 cfr. l. 28 D. de pign. 20, 1), so kann dies offenbar nur wieder damit zusammenhängen, daß in der letztwilligen Verfügung bereits die causa des Rechts vorliegt und in dieser seine spätere Verwirklichung anticipirt wird.[2]) In der Gleichstellung der causalen Möglichkeit mit der Verwirklichung, der Ursache mit der Wirkung haben wir auch den tieferen Grund für die Rückziehung der Bedingung (im obigen Sinne) in den Fällen, in denen sie Platz greift, zu suchen.

Auf dem Causalprincip beruht ferner, daß der Erbe ex tunc succedirt, sowohl bei unbedingter als bei bedingter Berufung, da in der testamentarischen oder gesetzlichen Berufung beim Tode des Erblassers bereits die reale causa der später (mit dem Erbschaftsantritt) sich verwirklichenden Universalsuccession vorliegt. Imgleichen erklärt sich daraus der Ausschluß der Intestaterben auch für die Zwischenzeit bis zum Eintritt der Bedingung der Erbeseinsetzung.[3])

---

[1]) l. 8 § 1 D. de novat. 46, 2.

l. 21 D. de accept. 46, 4. Acceptilation bezüglich der bedingten Vermächtnißforderung selbst war aus dem formellen Grunde unzulässig, daß die Acceptilatio eine verbor. obl. voraussetzt l. 8 § 3 D. eod. Acceptilation mit dem Bürgen für das bedingte Vermächtniß befreit diesen l. 13 § 8 D. de acc. 46, 4, nicht aber den Onerirten reus — weil reus antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est, liberari non potest l. 13 § 9 D. de acc. 46, 4. Die Delegation wird in l. 41 D. de cond. 35, 1 für unzulässig erklärt, offenbar, weil der Onerirte, nachdem er einmal promittirt, dem Delegatar gegenüber sich nicht auf die Deficienz der Bedingung berufen könnte und damit indirekt die Uebertragung des Legats ante diem cedentem bewirkt werden würde. cfr. l. 12, l. 13, l. 19 D. de nov. 46, 2. Andere Interpretationen bei Fitting, Rückziehung, S. 59—61.

[2]) Die herrschende Meinung nimmt hier die Rückziehung zu Hülfe, unrichtig und ungenügend, weil sich erst wieder fragt, worauf die Rückziehung beruht. Vgl. Windscheid I § 242 Note 5.

[3]) Vgl. Windscheid III § 554 Note 1, § 537 Note 3, § 557 Note 2.

§ 33. Bedingte Veräußerung: bedingtes Vindicationslegat.

Die wichtigsten Fälle der bedingten Veräußerung sind: das bedingte Vindicationslegat und die bedingte Tradition.

Das bedingte Vindicationslegat anlangend, so war die Natur desselben unter den Juristenschulen streitig. Während die Sabinianer die bedingt legirte Sache bis zur Entscheidung der Bedingung einstweilen als Eigenthum des Erben betrachteten, sollte sie nach Ansicht der Proculejaner einstweilen res nullius sein. (Gaj. II § 200.)

Worauf fußt diese Ansicht? Jhering, a. a. O. S. 499 (278—279), glaubt sie als eine „wunderliche, ungesunde Ansicht" abfertigen zu können! und meint, daß die „Schwierigkeit, an der sich die römischen Juristen stießen, in der Frage nach dem interimistischen Eigenthum des Erben bestand" und beide Juristenschulen diese Frage in gleich verfehlter Weise gelöst hätten S. 477 (258) flgd. Allein die proculejanische Ansicht ist offenbar der Ausdruck des natürlichen Standpunkts. Denn da nach diesem der Erbe wie der Legatar ihr Recht gleichmäßig vom Testator ableiten, so liegt in dem bedingten Legat, daß die Sache auf den Fall des Eintritts der Bedingung dem Legatar, auf den entgegengesetzten Fall aber dem Erben zufallen soll, woraus von selbst weiter folgt, daß sie zur Zeit weder dem Einen noch dem Andern gehört, und dies tritt noch deutlicher hervor, wenn man den Fall setzt, daß die Sache unter entgegengesetzten Bedingungen zweien Personen legirt wäre. Die Sabinianer fanden in dem bereits gewohnheitsrechtlich feststehenden Verhältniß des statuliber[1]) eine willkommene Handhabe, den zahlreichen Inconvenienzen, die sich aus dem res-nullius-Standpunkt in der practischen Durchführung ergeben mußten, zu entgehen, indem sie das interimistische Eigenthum dem Erben zuschrieben.[2]) Die Idee dieses interimistischen Eigenthums beruht offenbar darauf, daß der Erbe als Repräsentant des Erblassers die Sache nicht sowohl erst erhalten soll, als vielmehr bereits hat und erst verliert, sobald sich die Bedingung zu Gunsten des Legatars entscheidet, so daß der Erbe zu dem Legatar in einem ähnlichen Verhältniß steht, wie der Testator, wenn dieser bei seinen Lebzeiten die Sache an den Legatar bedingt veräußert, d. i. bedingt tradirt hätte. Diese Auffassung ergiebt sich sogar mit Nothwendigkeit aus dem Begriff der erbrechtlichen Succession, deren Wesen eben in der Repräsentation des Erblassers besteht.

Die weitere Folge dieser Auffassung ist, daß der Legatar nach Eintritt der Bedingung die Sache zwar vom Erblasser her erwirbt, aber doch nur mittelbar, nämlich durch das Zwischeneigenthum des Erben hindurch, während beim unbedingten Vindicationslegat, wie mehrfach in den Quellen

---

[1]) l. 9 pr. D. de statulib. 40, 7. Gaj. II § 200. Ulp. II § 1.

[2]) l. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1, l. 12 § 2 D. fam. erc. 10, 2, l. 1 § 4 ad S. C. Sil. 29, 5, l. 29 § 1 D. qui et a quib. 40, 9.

hervorgehoben wird, der Legatar unmittelbar vom Erblasser erwirbt und zu keiner Zeit die Sache dem Erben gehört.

Nach der Ansicht der Proculejaner mußte der Legatar in jedem Fall, mag ihm bedingt oder unbedingt legirt sein, unmittelbar succediren, da sich mit der Bedingung nur ein Pendenzverhältniß: die Ungewißheit zwischen dem Erwerb des Erben oder des Legatars entschied.

Die nach der sabinianischen Ansicht gebotene Unterscheidung von bedingtem und unbedingtem Legat wird denn auch scharf angedeutet in l. 80 D. de leg. 2° (31): Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis (Papinianus). cfr. l. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1: res sub conditione legata interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit. Dagegen spricht der Proculejaner Neratius in l. 64 D. de furt. 47, 2 den Satz: ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt ohne alle Einschränkung aus.

Der Unterschied beider Ansichten zeigt sich ferner darin, daß nach der proculejanischen Ansicht der Erbe in der Zwischenzeit die Sache weder vindiziren noch über dieselbe verfügen konnte, da er Nichteigenthümer war, dagegen nach der sabinianischen Ansicht die Vindication statthaft war,[1]) die von ihm vorgenommene Veräußerung und an der Sache bestellten Rechte ipso jure Bestand hatten, jedoch mit Eintritt der Bedingung hinfällig wurden.[2]) Consequent muß auch der Ausfall der vom oder gegen den Erben über die Sache geführten Processe (Eigenthumsstreit, Confessorien- und Negatorienklagen) dem Legatar gegenüber bedeutungslos sein, da das Proceßresultat nur unter den Parteien und deren Nachfolgern gilt, das Recht des Legatars aber nicht durch den Erben, sondern den Testator begründet, und weder der Legatar Nachfolger des Erben noch dieser Vertreter des Legatars ist.[3])

Die Früchte bis zum Eintritt der Bedingung gebühren nach sabinianischer Ansicht dem Erben,[4]) während sie nach proculejanischer Ansicht vom Zeitpunkt des Erbschaftsantritts an dem Legatar zufallen mußten.

---

[1]) l. 66 D. de R. V. 6, 1, l. 32 § 1 D. de leg. 2 (31).

[2]) l. 13 § 1 D. de pign. 20, 1, l. 11 § 1 D. Serv. quemad. 8, 6, l. 16 D. quib. mod. ususfr. 7, 4, l. 105 D. de cond. 35, 1. Daß vom Erben der bedingt legirte Sklave nicht freigelassen (l. 11 D. de man. 40, 1, l. 29 § 1 D. qui et a quib. 40, 9, l. 3 D. eod., l. 14 D. de opt. leg. 33, 5), das bedingt legirte Grundstück nicht zum locus religiosus gemacht werden konnte, hat seinen Grund offenbar darin, daß diese Akte unbeschränktes Eigenthum voraussetzten. Dasselbe gilt von einem verpfändeten oder in fremdem Nießbrauch befindlichen Sklaven bezw. Grundstück (l. 18 § 2 D. de pign. 13, 7, l. 26 D. qui et a quib. 40, 9. Ulp. I § 19, § 9 J. de rer. div. 2, 1, l. 2 § 9 D. de relig. 11, 7). Vgl. hierüber Fitting, Rückziehung S. 80—84.

[3]) A. M. Jhering a. a. O. Note 131. Die von ihm angezogenen Stellen: l. 7 § 13 D. comm. div. 10, 3 arg. l. 15 § 2 D. de R. V. 6, 1, arg. l. 11 § 9, l. 28 D. de exc. rei j. 44, 2 beweisen Nichts.

[4]) l. 32 § 1 D. de leg. 2 (31) cfr. Vat. fr. § 44.

Nach beiden Ansichten schadet dem Legatar die inzwischen erfolgte Usucapion durch einen Dritten und der Untergang von Servitutrechten durch non-usus.[1])

Von ganz anderem Charakter als das interimistische Eigenthum des Erben beim bedingten Vindicationslegat, ist das interimistische Eigenthum, welches von den Sabinianern beim unbedingten Legat dem Legatar bis zur Repudiirung des Legats zugeschrieben wurde. Die Proculejaner forderten zum Vermächtnißerwerb der Natur der Sache gemäß eine Annahmeerklärung des Honorirten, da die letztwillige Zuwendung zunächst nur eine Delation enthält, die nur mit Willen des Delaten zum Erwerbe sich gestalten konnte. Wenn nun die Sabinianer von der Annahmeerklärung absehen wollten, so konnte dies unmöglich im Widerspruch mit der Natur der Sache geschehen sein, sondern es sich nur um eine Modification in der Anwendung des Prinzips handeln, indem die Annahme eines Vermächtnisses in der Regel so selbstverständlich erscheint, daß die Annahmeerklärung ohne Weiteres präsumirt werden kann. Die Ansicht der Sabinianer stützt sich daher offenbar auf diese praktische Erwägung und will Nichts Anderes als eine praesumtio juris für die Agnition statuiren. Daß hier kein principieller Widerspruch vorliegt, geht auch daraus hervor, daß, indem die Sabinianer die Repudiation mit rückwirkender Kraft zuließen, sie anerkannten, daß der Erwerb doch schließlich vom Willen des Delaten abhänge. Sie präsumirten lediglich die Agnition bis zur Repudiation, und kamen so zu einem interimistischen Eigenthum des Legatars. Hieraus ergiebt sich nun weiter, daß die Repudiation nicht etwa als Eintritt einer gesetzlichen Resolutivbedingung für das Eigenthum des Legatars, sondern als Zerstörung jener Präsumtion aufzufassen ist, so daß nunmehr die wahre Sachlage, daß der Legatar gar nicht hat erwerben wollen und folgeweise auch nicht erworben hat, in ihr natürliches Recht tritt.

So kommen im Schlußresultat die Sabinianer mit den Proculejanern überein: si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videtur, l. 86 § 2 D. de leg. I° 30 (Julianus), retro nostrum non fuisse palam est, l. 1 § 6 D. quid in fraud. 38, 5 oder: perinde est atque si legatum non esset, Gajus II § 195, Pomponius in l. 38 § 1 D. de leg. I° (30) und wird eine etwa eingetretene Confusion von selbst rückgängig, und verbleibt dem Legatar die actio furti wegen eines furtum des servus legatus.[2])

Der rein fictive Charakter des Vermächtnißerwerbes ohne Annahmeerklärung zeigt sich ferner darin, daß die Repudiation nicht mit der actio

---

[1]) l. 3 § 3 C. Com. leg. 6, 43.

[2]) l. 38 § 1 D. de leg. I° (30) ... et ideo dicimus, nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes et integra furti actio manebit, si servus legatus sit (ei), cujus nomine furti agere poterit legatarius.

Verfügungen des Legatars über die Sache können unter Umständen eine stillschweigende Annahme des Legats enthalten, cfr. l. 19 § 1 D. quemadm. serv. 8, 6.

Pauliana[1]) und Faviana[2]) oder, wo sie zum Vortheil des Ehegatten gereichte, nicht als verbotene Schenkung[3]) angefochten werden konnte. Charakteristisch für die Natur jenes Erwerbes hinwieder ist, daß nach verschiedenen Quellenaussprüchen erst rückwärts durch die constatirte Nichtablehnung des Vermächtnisses über ihn endgültig entschieden wird: retro nostrum est, nisi repudietur, l. 1 § 6 D. quid in fraudem 38, 5 (Ulpianus), ubi legatarius non repudiavit, (res) retro ipsus fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, l. 44 § 1 D. de leg. I° (30), l. 81 § 6 D. eod.

Das interimistische Eigenthum des Legatars hat augenscheinlich nur den Zweck, die Rechtsverfolgung, Rechtsausübung und Vorausverfügungen bezüglich der legirten Sache während der Zwischenzeit zu ermöglichen. Im Uebrigen hat es rein fictiven Charakter, so daß es spurlos verschwindet, wenn der Vermächtnißerwerb im negativen Sinne entschieden ist.

Das interimistische Eigenthum des Erben beim bedingten Vindicationslegat hingegen hat objective Wahrheit, die es auch behält, wenn die Bedingung sich zu Gunsten des Legatars entscheidet. Wenn nun die Verfügungen, die der Erbe auf Grund seines Zwischeneigenthums über die Sache vorgenommen hat, beim Eintritt der Bedingung erlöschen und dies lediglich die Folge der bedingten Zuwendung an den Legatar ist, so muß in der Wirkung des bedingten Vindicationslegats der Ausdruck der Wirkung der bedingten Eigenthumsübertragung überhaupt gefunden werden und dieselbe auch außerhalb des Gebiets der letztwilligen Verfügungen begegnen, sofern hier bedingte Eigenthumsübertragung möglich ist.

Für die Idee der letzteren war bei den civilen Eigenthumsgeschäften (mancipatio, in jure cessio) kein Raum und konnte sie erst unter dem freieren Recht der Tradition zur Geltung kommen.

§ 34. Bedingte Tradition.

Gegen die juristische Realität der bedingten Tradition sind Bedenken erhoben worden. Glaubt doch Ihering, passive Wirkungen S. 529 (305), S. 532 (309), daß sie dem Empfänger „nur eine höchst unsichere, den verschiedensten Wechselfällen ausgesetzte Aussicht auf den Erwerb des Eigenthums" ohne „sachliche", ja ohne einmal durchgängige „persönliche Gebundenheit" verleihe und „daß die römische Jurisprudenz, soweit wir wissen, über die persönliche Gebundenheit nicht hinausgekommen sei." Diese befremdliche Ansicht soll aus l. 9 § 1 D. de jure dot. 23, 3 hervorgehen: Si res alicui tradidero ut nuptiis secutis dotis efficiantur et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et quum

---

[1]) l. 6 pr. § 4 D. quae in fraud. 42, 8.

[2]) l. 1 § 6 D. si quid in fraud. 38, 5.

[3]) l. 5 § 14 D. de don. i. v. e. u. 24, 1.

sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est (Ulpianus). Wäre hier wirklich gesagt, was auch Andere annehmen, daß der Tod des Tradenten vor Eintritt der Bedingung den Eigenthumsübergang hindere, so wäre damit dem bedingten Traditionswillen alle Causalität abgesprochen und die bedingte Tradition in die Reihe der rechtlich bedeutungslosen Fakta verwiesen, auf welche die Universalsuccession sich nicht erstreckt und welche der Erbe nicht gegen sich gelten zu lassen hat. Dieser Auslegung steht — abgesehen von ihrer inneren Unwahrscheinlichkeit — der unzweideutige und entschiedene Ausspruch Julian's in l. 2 § 5 D. de donat. 39, 5 entgegen: Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, quum Sejus consul factus esset, sive furente eo sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet. Ohne auf die zahlreichen mehr oder weniger verfehlten Vereinigungsversuche hinsichtlich beider Stellen[1]) näher einzugehen, finde ich die Auflösung des Widerspruchs in der Verschiedenheit der behandelten Fälle. Wie Ulpian genugsam hervorhebt, handelt es sich in der ersten Stelle nicht um eine bedingte Eigenthumsübertragung an den Empfänger, sondern um eine Tradition an den Empfänger zum Zwecke einer durch ihn eventuell vorzunehmenden Dosbestellung (mandatum dotis constituendae). Es ist nämlich aus der Stelle gar nicht ersichtlich, daß der Empfänger der Sache zugleich Empfänger der künftigen Dos und der künftige Ehemann sei[2]), vielmehr erscheint er, mag er zugleich der künftige Ehemann sein oder nicht, zunächst nur als Werkzeug zur demnächstigen Vollziehung der Schenkung und Dosbestellung.[3]) Er erhält die Sachen: ut nuptiis secutis dotis efficiantur und die Frage ist: an nuptiis secutis dotis esse incipiant? Die Sachen sollten durch seine Hand voluntate domini (ejus, qui dedit) auf den künftigen Ehemann (cui res datae sunt) übergehen (in dominio ejus effici). Hierzu aber ist Fortdauer des Willens des Gebers bis zum Eintritt der Bedingung erforderlich, da bis dahin die Vollziehung der Schenkung aufgeschoben sein soll (quia pendet donatio in diem nuptiarum). Durch den Tod des Tradenten vor diesem Zeitpunkt wird die Vollziehung der Schenkung vereitelt (et vereor, ne non possint in dominio ejus sc. mariti effici). Wäre die Tradition im Sinne einer bedingten Eigenthumsübertragung an den Empfänger geschehen, so läge ein perfectes Rechtsgeschäft vor und könnte dessen Wirkung durch späteren Tod oder

---

[1]) S. hierüber Sell, bedingte Tradition, S. 114—138; v. Savigny, gesch. Zeitschrift IV S. 51 flgd. (vermischte Schriften I S. 369 flgd.).

[2]) In den Basiliken (Tit. de jure dotium et de donatione propter nuptias 29, 1, Fabrot, IV p. 508) ist die Stelle verstümmelt und willkürlich in der Art verändert, daß der Empfänger allerdings mit dem künftigen Ehemann identisch.

[3]) Aus einem mandatum dotis constituendae erklären bereits ältere Interpreten, s. Sell a. a. O. S. 120. Letzterer (S. 127—138) nimmt ein Mandat an den künftigen Ehemann selbst an.

Wahnsinn des Tradenten nicht vereitelt werden.[1]) Ob der Erbe gehalten ist, den nunmehr zur Perfection der Rechtsübertragung seinerseits erforderlichen Consens zu ertheilen, hängt von der zu Grunde liegenden causa traditionis ab. In der l. 9 § 1 cit. wird aus dem favor dotium der Erbe zur Consensertheilung für verbunden erklärt, obwohl es an einer eigentlichen obligatorischen causa fehlt: Sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata l. 9 § 1 cit.

Handelt es sich somit in dieser Stelle nicht um eine bedingte Eigenthumsübertragung, sondern um eine Tradition mit dem Auftrage zu einer eventuellen Dosbestellung, so fallen damit alle Folgerungen, die man daraus für eine abweichende Ansicht Ulpian's hinsichtlich der Wirkung der bedingten Tradition hat ziehen wollen. Die Realität der bedingten Tradition kann nicht bezweifelt werden, da sie in den Quellen ausdrücklich anerkannt ist (l. 38 § 1 D. de acq. vel am. poss. 41, 2: Hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam conditio exstiterit) und in mehrfachen Anwendungen vorkommt. So z. B. Zwecks eines Darlehens (l. 8 D. de reb. cred. 12, 1: si dem tibi mutuos nummos, ut si conditio aliqua exstiterit, tui fiant), ferner Zwecks einer Schenkung (l. 1 pr. D. de donat. 39, 5: dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit), endlich beim Kauf (l. 4 pr. D. de in diem addict. 18, 2, l. 8 pr. D. de peric. et comm. 18, 6, l 2 § 2 D. pro empt. 41, 4). Hierbei liegt offenbar die Auffassung zu Grunde, daß es nur noch des Eintritts der Bedingung zum Erwerb des Eigenthums bedarf, ohne daß dieser Erfolg durch den Tod oder Widerruf des Tradenten in Frage gestellt werden könnte.[2])

In voller Realität zeigt sich die bedingte Tradition und zwar unter Verwerthung des Gesichtspunktes des Zwischeneigenthums in einer Reihe von Stellen, auf welche man sich für die Resolutivbedingung oder, was in der Sache dasselbe, auf einen Resolutivvertrag mit dinglicher Wirkung zu berufen pflegt: l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2: Sed et Marcellus libro V. Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret (Ulpianus lib. 28 ad Sab.). cfr. l. 9 D. de aqua 39, 3, l. 3 pr. D. quib. mod. 20, 6.

---

[1]) l. 2 § 5 D. de donat. 39, 5 arg. l. 18 D. comm. praed. 8, 4, l. 8 § 2 D. de opt. leg. 33, 5, l. 2 § 6 D. de donat. 39, 5, l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, l. 33 D. de acq. r. dom. 41, 2.

[2]) Bei der traditio dotis causa (l. 1 § 2 l. 2 D. pro dote 41, 9 hindert der Tod und Wahnsinn die Eingehung der Ehe, also den Eintritt der Bedingung. cfr. l. 7 § 3, l. 9 pr. § 1, l. 10 § 4 D. de jure dot. 23, 3. Vat. fr. § 111.

l. 41 pr. D. de rei v. 6, 1: Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit l. 7 § 1 D. de distract. pign. 20, 5: Illud inspiciendum est an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere (Julianus).

cfr. l. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7: Si quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem.

Das unzweifelhafte Ergebniß dieser Stellen ist, daß mit dem Eintritt der Bedingung die verkaufte Sache in das Eigenthum des Verkäufers bezw. Pfandschuldners zurückfällt, die vom Käufer inzwischen bestellten dinglichen Rechte wegfallen, diesem aber während der Zwischenzeit das Eigenthum zugestanden hat.

Einen unzweideutigen Hinweis auf die dingliche Rückfallswirkung enthalten:

l. 4 C. de pactis inter emtor. 4, 54: Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit l. 1 C. eod. Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est. l. 1 D. de in diem addict. 18, 2: — quo res a domino abeat, l. 8 D. de lege comm. 18, 3.[1])

Wenn somit dinglicher Rückfall des Eigenthums eintritt, so fragt sich, wie dies zu erklären. Der Hinweis auf die legum dictio[2]) reicht nicht aus, da es eben auf die Erklärung der die dingliche Wirkung begründenden leges dictae ankommt. Ebensowenig ist ersichtlich, wie der „in der Resolutivbedingung enthaltene contrarius consensus“[3]) ohne Weiteres den dinglichen Rückfall herbeiführen kann. Keine Erklärung ist es ferner, sondern eine einfache Constatirung der dinglichen Wirkung, wenn Bechmann (II S. 501, 511, 512) bemerkt, daß hier die „Rechtsordnung dingliche Wirkung verleiht“ und „das unmittelbare Erlöschen der Lasten anordnet“. Erwägt man, daß

---

[1]) S. über diese Stellen Thibaut, civilist. Abh. S. 366; W. Müller, civilist. Abhandlungen S. 270—306; Sell, bedingte Tradition S. 228. Aeußerst gezwungen: die Interpretationen von Riesser, Resolutivbed. in Zeitschr. f. C. R. und Proc. II S. 1 flgd., S. 270 flgd. und Czyhlarz, Resolutivbed. S. 55 flgd.

[2]) So Jhering, Jahrb. X S. 542 (317) flgd., S. 569 (342) flgd.: „lex rei suae dicta, ein obligatorischer Nebenvertrag, den das Recht ganz so wie die Nebenberedungen beim Verkauf der Sklaven mit dinglicher Wirkung versieht“. petitio principii.

[3]) So Czyhlarz, Resolutivbed. S. 63, 64.

nach den gedachten Stellen die Basis der dinglichen Wirkung in dem einen Falle die in diem addictio, in dem andern Falle die Verabredung ist: ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur, in beiden Fällen aber der Kauf und dessen Vollzug ein unbedingter ist (pure vendito et in diem addicto fundo), so muß offenbar der Geschäftswille der Parteien in folgende Bestandtheile auseinandergelegt werden: einmal wird dem Käufer auf Grund des unbedingten Kaufes und folgeweise auch unbedingt das Eigenthum übertragen, sodann aber wird gleichzeitig unter der Suspensivbedingung, daß der Kauf rückgängig wird, das Eigenthum dem Käufer zurückübertragen. Die Bedingung des Resolutivvertrages „si melior conditio allata fuerit“, „si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit“ wird also zur Suspensivbedingung des Eigenthumsrückgangs gemacht. Diese Construction macht keine Schwierigkeit, auch wenn man an dem Satz, daß zum Eigenthumserwerb inter vivos Besitzerwerb erforderlich, festhalten muß. Denn darin, daß der Käufer für den Fall der Auflösung des Kaufs die Rückübertragung des Eigenthums bewilligt, liegt von selbst ein eventuelles constitutum possessorium, da der Käufer nach Eintritt der Bedingung füglicherweise nicht mehr Willens sein kann, für sich zu besitzen, sondern nur noch die Sache für den Verkäufer in Gewahrsam halten wollen kann[1]), mit anderen Worten: sein Besitz ist ein im Fall des Eintritts der Bedingung widerruflicher, precaria possessio.[2]) Ebenso kann auch eventuelle brevi manu traditio[3]) vorkommen, indem z. B. vorweg die Absicht obwaltet, daß bei Eintritt einer Bedingung der Inhaber Eigenthümer werden soll. Hierher gehört auch der Eigenthumsübergang der Pfandsache auf den Pfandgläubiger zufolge der lex commissoria, da in dieser ein eventueller Uebertragungswille liegt, so daß bei

---

[1]) l. 6 § 1 D. de div. temporal. praescr. 44, 3: Vendidi tibi servum et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemtus esset. quod cum evenerit, quaesitum est, quid de accessione tui temporis putares? Respondit, id, quod servetur, cum redhibitio sit facta. hunc enim perinde haberi ac si retrorsus homo mihi venisset (Africanus). l. 19 D. de usurp. et usuc. 41, 3: quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis (Javolenus).

Dem Rückverkauf muß, da der dingliche Rückfall ohne Weiteres eintritt, eine Rücktradition mittelst des eventuellen constit. poss. entsprechen. cfr. l. 8 D. de leg. com. 18, 3: vindicari debent ex conventione venditoris.

[2]) l. 43 § 1 D. de jure dot. 23, 3: tunc enim credendum est, brevi manu acceptum a muliere et marito datum. Gl. ad h. l.: Et ita tres actus intelliguntur intervenire, quia debitor, scilicet vir, fingitur solvere creditori, creditor donare uxori, uxor marito. l. 3 § 12, § 13 D. de donat. inter v. et ux. 24, 1. Sell, bedingte Tradition S. 135—137.

[3]) Und dies deutet l. 3 C. de pact. inter emt. 4, 54 an: Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. Durch Uebertragung des Besitzes precario ist der Käufer immerhin Eigenthümer geworden. Dies übersieht Czyhlarz a. a. O. S. 56—57. Aus der Unterstellung eines eventuellen constitutum possessarium oder Precario-Besitzes erklärt sich ferner l. 29 D. de mort. c. don. 39, 6, l. 30 eod.

Eintritt des Verwirkungsfalls sich von selbst der Pfandbesitz in Eigenthumsbesitz, der abgeleitete Besitz in selbständigen Besitz verwandelt.[1])

Kann hiernach an der Realität der bedingten Tradition und der dinglichen Wirkung derselben schon nach römischem Recht kein Zweifel sein, so wirft sich die Frage nach der inneren Begründung dieser Wirkung auf und ist dieselbe zugleich für das bedingte Vindicationslegat zu beantworten, da die Gleichheit der Wirkungen auf einen gleichen, gemeinsamen Grund hinweist.

Die Vorstellung einer „objectiven rechtlichen Gebundenheit oder „objectiven rechtlichen Eigenschaft der Sache" kann die Bedeutung eines Grundes nicht beanspruchen, sondern allenfalls nur als ein überdies nicht einmal präciser Ausdruck der Wirkung gelten, da er ebensowohl für die pfandrechtliche Gebundenheit (obligatio rei) passen würde. Ich finde den Grund in dem Wesen der bedingten Veräußerung. Veräußerung heißt: daß ein Rechtsinhalt oder der Bestandtheil eines solchen von dem bisherigen Rechtssubject losgelöst und mit einem anderen Subject verbunden wird. Das Veräußerte ist der rechtlichen Verfügung des bisherigen Berechtigten fortan entzogen und ist die Folge hiervon: daß alle nach der Veräußerung vorgenommenen Verfügungen des Veräußerers als die eines nunmehrigen Nichtberechtigten hinfällig sind. Während die unbedingte Veräußerung den Veräußerungseffekt sofort verwirklicht, begründet die bedingte Veräußerung vorerst nur die causale Möglichkeit desselben. Dies objectiv gegebene Causalmoment afficirt aber als solches bereits die bisherige Subjectsbeziehung, indem die Verbindung zwischen dem Rechtssubject und dem Rechtsinhalt sich fortan nur unter Anwesenheit jenes die alsbaldige Trennung anstrebenden Moments[2]) versteht und es gewissermaßen fortan zu seinem lästigen Begleiter hat.[3]) Dieses theilt sich auch allen ferneren Aenderungen der Subjectsbeziehung mit, überträgt sich also, wenn das bisherige Subject ausscheidet und andere Subjecte an seine Stelle treten oder einzelne Bestandtheile des Rechts auf andere Subjecte übergehen (z. B. in Folge anderweiter Verfügungen des bisherigen Rechtsinhabers), auf die dadurch entstandenen neuen Subjectsbeziehungen. Die Verwirklichung des durch die bedingte Veräußerung ge-

---

[1]) Fragm. Vaticana § 9: si convenerit, ut pecunia foenoris non soluta creditor jure empti dominium retineat.

[2]) l. 66 D. de R. V. 6, 1: abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit. l. 82 pr. D. de leg. I (30): is status est ejus (sc. rei sub conditione legatae) ut existente conditione discessurum sit a me dominium l. 12 § 2 D. fam. erc. 10, 2: adjudicari potest (sc. res sub conditione legata) cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est.

[3]) l. 67 D. de contr. empt. 18, 1: Alienatio quum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset. Causa ist die Summe der Rechtsbeziehungen, der Rechtszustand einer Sache. cfr. l. 20 § 1 D. de acq. r. dom. 41, 1, l. 18 § 2 D. de pign. act. 13, 7, l. 23 § 2 D. de serv. p. rust. 8, 3, l. 12 C. de distr. pign. 8, 28, l. 6 D. si ex nox. c. 2, 9, l. 2 pr. D. de statulib. 40, 7.

setzten Causalmoments bedeutet also, daß mit der Erfüllung der Bedingung der gesammte Rechtsinhalt, wie er zur Zeit der bedingten Veräußerung bestand und deren Gegenstand bildete, von dem Veräußerer und den Subjecten, die von ihm nach dem Zeitpunkt der bedingten Veräußerung Rechte erworben haben, sich abtrennt und auf den Bedingtberechtigten übergeht. Vermöge jenes Causalmoments vollzieht sich im gegebenen Falle der Abtrennungsproceß wider den Willen der bisher berechtigten Subjecte mit rechtlicher Nothwendigkeit von selbst. Haltlos ist der Einwurf[1]), daß, wenn „das Eigenthum auf einen Anderen bloß übergeht, es auch natürlich nur in dem Zustand übergehen könne, in welchem es sich zur Zeit dieses Uebergangs befindet, also unbeschadet aller Verfügungen des gewesenen Eigenthümers". Hierbei wird der Unterschied verkannt, welcher zwischen einer bedingten Eigenthumsübertragung in einem gegebenen früheren Zeitpunkt und der unbedingten Eigenthumsübertragung in einem gegebenen späteren Zeitpunkt besteht: es wird verkannt, daß mit der bedingten Veräußerung sofort ein die bisherige Subjectsbeziehung bedrohendes, sie afficirendes und in seinem Erfolge auflösendes Moment gegeben ist.

Zugleich erhellt, daß es sich hier lediglich um eine logische Folge aus dem Begriff der bedingten Veräußerung, um eine Anwendung des Gesetzes der Causalität des bedingten Rechtswillens handelt und weder von einer „Vorwirkung" (Fitting, Rückziehung S. 64) noch „Rückwirkung" (Arndts, Pand. § 57 Anm. 2) die Rede sein kann, da in der Zwischenzeit die bisherige Subjectsbeziehung und deren Ableitungen bestehen, und also nur eine Auflösung derselben ex nunc eintritt. Der Gesichtspunkt einer „Gebundenheit der Person des Veräußerers" dahin, daß er den für den Fall der Erfüllung der Bedingung in Aussicht gestellten rechtlichen Erfolg nicht mehr vereiteln kann (Windscheid, Pand. § 89), erklärt nicht die dingliche Wirkung dieser Gebundenheit. Vollends ist nicht an eine „Gebundenheit der Sache" zu denken, da nicht die Sache oder die Substanz des Rechts, sondern nur die Subjectsbeziehung afficirt wird.

Ein besonders interessanter Fall der bedingten Veräußerung ist der Kauf auf Probe in Form eines Realgeschäfts.

§ 35. Kauf auf Probe als Realgeschäft.

Der Kauf auf Probe oder Besicht an sich steht nach der quellenmäßigen und herrschenden Ansicht[2]) unter der Suspensivbedingung, daß der Käufer die Waare genehmigt: emtio tam sub conditione quam pure contrahi potest; sub conditione veluti, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emtus aureis tot. § 4 J. de emt. et vend. 3, 23. Daß

---

[1]) Z. B. von Sintenis, Prakt. Civilr. § 39 und Zeitschr. f. C. R. und Proceß Bd. 20 S. 49 flgd. S. darüber: Fitting, Rückziehung S. 67.

[2]) S. über die Literatur Vangerow III § 635 II; Hofmann, Periculum beim Kauf S. 92—93.

nach der Intention der Parteien hier nicht sowohl der innere, psychologische Vorgang, daß die Sache dem Käufer gefällt, als vielmehr die bezügliche Erklärung des Letzteren entscheidet, darf wohl jetzt als ausgemacht gelten, wiewohl weder nach römischem, noch nach heutigem Recht den Parteien verschränkt ist, die Bedingung ausdrücklich auf jenen inneren Vorgang zu stellen[1]) und eine Eideszuschiebung hierüber keinem gegründeten Bedenken unterliegen kann.[2]) Wenn man in letzterer Beziehung einwendet[3]), daß die Eideszuschiebung eine „ganz unstatthafte Nöthigung des Gegners" enthalten würde, die Prüfung vorzunehmen und sich ein Urtheil über die Beschaffenheit der Waare zu bilden — wozu allerdings der Käufer gar nicht verpflichtet wäre —, beruht offenbar auf einem Mißverständniß. Denn der Eid ist nicht darauf zu richten, ob ihm die Sache gefällt oder nicht, sondern auf die Thatsache, ob sie bereits von ihm geprüft ist und seinen Beifall gefunden hat oder nicht. Die Bedingung, in diesem Sinne gestellt, würde eine Potestativbedingung nur insofern sein, als die Vornahme der Prüfung von der Willkür des Käufers abhängt, nicht aber insofern, als es auf den Eindruck ankommt, den die Sache bei der Prüfung thatsächlich auf ihn macht, der sich vielmehr ganz unabhängig von seiner Willkür geltend macht, und insofern den Charakter eines casuellen Moments hat.

Es leuchtet ein, daß die Bedingung: si res placuerit, auch wenn sie nicht auf den inneren Vorgang, sondern auf die bezügliche Aussage des Käufers bezogen wird, keineswegs den Kauf in die nackte Willkür des Käufers stellt, und nicht der Bedingung: si voluero gleichzustellen ist, vielmehr ein objectives Moment enthält. Denn es ist unbestreitbar und lehrt die Erfahrung, daß, wenn Jemand ernstlich auf eine Sache reflectirt und sich die Prüfung vorbehält, demnächst aber die Sache wirklich seinen Beifall findet, eben dies ihn — sofern nicht anderweite Hindernisse, wie z. B. Geldmangel, entgegenstehen — zur Erklärung seiner Genehmigung und zur Perfection des Geschäfts bestimmen wird. Daß dies erfahrungsmäßig in vielen Fällen geschieht: diese objective movirende Kraft des Gefallenfindens genügt aber für den Gesetzgeber, um Geschäfte mit Vorbehalt der Prüfung und Billigung zu sanktioniren, und kann die Möglichkeit, daß in vereinzelten Fällen der Reflectant nicht vertragsgetreu verfahren und, trotzdem ihm die Sache gefällt, die Perfection willkürlich vereiteln wird, mit anderen Worten: daß unter dem Vorgeben, daß ihm die Sache mißfalle, sich lediglich seine Abneigung gegen den Geschäftsabschluß verbirgt, nicht ins Gewicht fallen. Die objective Natur des Gefallenfindens an der Sache rechtfertigt es, dasselbe als Inhalt einer Bedingung zuzulassen und kann hierin nichts Regelwidriges gefunden werden.

Wenn man die Zulässigkeit des Kaufs auf Probe ohne Rücksicht auf

---

[1]) Hierauf reducirt sich das Moment von Wahrheit an der Ansicht Unger's in Goldschmidt's Zeitschr. III S. 407 flgd.

[2]) S. dagegen Fitting, Goldschmidt's Zeitschr. V S. 86 flgd.

[3]) So Bechmann II S. 229.

den objectiven Charakter seiner Bedingtheit durch den Hinweis auf die Möglichkeit zu begründen versucht hat, den Kauf zunächst nur einseitig bindend abzuschließen, zugleich aber doch „den Bestand des Geschäfts von der Willkür der Gegenseite abhängig zu machen“ [1]), so kann zwar diese Möglichkeit selbst weder nach heutigem, noch nach römischem Recht in Abrede gestellt werden, aber man sehe das Resultat eines solchen Geschäftsabschlusses: nicht eine bedingte zweiseitige Verpflichtung, wie doch der Kauf auf Probe hervorbringen soll, sondern nur eine bedingte oder unbedingte einseitige Verpflichtung, so daß nur der gebundene eine Theil belangt werden könnte (selbstverständlich unter Angebot der Gegenleistung), nicht aber ein Klagerecht gegen den nicht verpflichteten anderen Theil begründet sein würde, mag dieser selbst Erfüllung begehrt, Klage erhoben oder gar seine nachträgliche Verpflichtung erklärt haben oder nicht! Denn zu seiner wirklichen Verbindlichmachung würde es eines neuen Contractschlusses bedürfen, da der ursprüngliche Contract nun einmal für ihn gar nicht vorhanden war, ein solcher neuer Contractschluß aber in der Klageerhebung oder nachträglichen einseitigen Verpflichtungserklärung an sich noch nicht liegen, vielmehr ausdrückliche oder stillschweigende Acceptation Seitens des anderen Theils erfordern. Jener Versuch, den Kauf auf Probe als suspensiv-bedingtes zweiseitiges Geschäft zu rechtfertigen, ist also verfehlt.

Es fragt sich nun, ob die Idee des Kaufs auf Probe sich nicht in anderer Weise, als in Form eines suspensiv-bedingten Geschäfts realisiren ließe? Sie beruht zunächst darauf, daß dem Käufer die Sache gesichert, zugleich aber die Möglichkeit der Prüfung, bevor er sich bindet, offen gehalten werden soll. Andererseits soll aber auch das Interesse des Verkäufers gewahrt werden, insofern — intentionsgemäß! — der Abschluß des Geschäfts fortan von Nichts Anderem als dem Ausfall der Prüfung und dem Gefallen der Sache abhängen soll. Ein bloßes pactum de vendendo — von seiner Unklagbarkeit im römischen Recht abgesehen — würde diesem Zweck nicht entsprechen, da dies nur zu einem Recht, den Verkauf zu fordern, führen würde, wobei der Berechtigte ganz willkürlich und ohne sich irgend welche Zurückhaltung auferlegen zu müssen, verfahren könnte und dies um so lieber benutzen wird, als es für einen gewissenhaften Mann einen großen Unterschied macht, ob er sich freimachen darf schon durch die offene Erklärung, daß ihm der Handel nicht gefalle, oder ob er nur um den Preis der Lüge: daß ihm die Sache nicht gefalle, loskommen kann, zumal der moralische Eindruck um so schwerer ins Gewicht fällt, wenn nachweislich die Sache ihm thatsächlich gefällt und auch ganz besonders nach seinen Verhältnissen gefallen muß. Zu diesem ethischen Moment gesellt sich das praktisch-juristische, daß einem pactum de vendendo gegenüber die Erklärung, daß die Sache gefalle, irrelevant sein würde, während das Interesse des Verkäufers gerade auf den Geschäftsabschluß hinzielt. Das pactum de vendendo deckt sich daher mit der Idee des Kaufs auf Probe nicht.

---

[1]) So Arndt's Pand. § 301 Note 5.

Es liegt der Gedanke an eine Construktion nahe, wobei das Gefallen der Sache nicht als Bedingung, sondern lediglich als Motiv zur Entscheidung für den Kauf erscheint, der Verkäufer aber auch nur so lange gebunden ist, bis diese Entscheidung ordnungsmäßig erfolgen kann.

Soll freilich die Entscheidung Nichts Anderes als die Acceptation der Verkaufsofferte und Perfection des Geschäfts in diesem Sinne bedeuten, so würde es sich dabei nicht um ein Verhältniß von specifischem Charakter, sondern um den einfachen, bei jeder Art von Vertrag möglichen Schwebezustand zwischen Offerte und Annahme handeln und insbesondere darauf auch die allgemeinen Vorschriften über Annahme der Offerte zur Anwendung kommen müssen. Allein die Idee des Kaufs auf Probe verlangt gerade eine Gebundenheit des Verkaufsstellers über diese Grenze hinaus: nämlich auf solange, bis der Gegencontrahent sich über die Billigung der Waare und seine Zustimmung zu der Offerte schlüssig gemacht hat.

Wenn Förster (Preuß. Privatr. II S. 68, 3. A.) in dieser Beziehung einen Vertrag des Inhalts unterstellt, „daß der Offerent bis zur vorbehaltenen Erklärung der Zufriedenheit gebunden sein soll", so würde dies entweder auf ein bedingtes pactum de vendendo oder auf eine eigenartige, ad hoc zu statuirende Beschränkung der Widerruflichkeit der Offerte hinauslaufen und, da die Natur der Sache eine derartige Beschränkung nicht zuläßt, nicht die Lösung, sondern nur die Andeutung des Problems enthalten.

Von Seiten des Consensualcontracts läßt sich die Idee des Kaufs auf Probe in anderer Weise als in Form eines durch das Gefallen der Sache suspensiv-bedingten Rechtsgeschäfts nicht verwirklichen.

Nur von Seiten des Realcontractes eröffnet sich ein anderer Weg: Es wird vorweg dem Reflectanten die Sache mit der Bestimmung übergeben, daß er sie prüfen und, falls sie ihm gefällt (si placuisset) oder auch schlechtweg: falls er will (si voluisset), kaufen, d. h. käuflich behalten soll, worin weiter liegt: daß, falls er sich für das Behalten und die käufliche Uebernahme entscheidet, er den Preis zahlen, andernfalls aber unverzüglich die Sache zurückgeben muß. Die Verpflichtung zur Preiszahlung beruht hier auf dem Realcontract, und steht unter der durchaus statthaften Bedingung, daß der Empfänger die Sache behält und übernimmt. Es leuchtet ein, daß es hierbei sich nicht mehr um eine bloße Verkaufsofferte[1]) handelt, deren Acceptation sich in der Erklärung, die Sache behalten zu wollen, vollzieht, vielmehr liegt ein, wiewohl bedingter, aber doch immerhin in sich abgeschlossener Realcontract vor. Von einer bloßen Verkaufsofferte, sei es als selbständige Willenserklärung, sei es als innerhalb der lex contractus stehend, kann nicht mehr die Rede sein. Zwar steht die kaufsweise Uebernahme durchaus im Belieben des Empfängers. Allein die Bedingung: si volet, si voluisset ist auf Seiten des Empfängers kein Hinderniß; nichtig würde der Vertrag nur sein, wenn die Hergabe in das Belieben des Eigenthümers gestellt wäre. Die

---

[1]) Dies verkennen Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. II S. 231, Bechmann II S. 234.

im beiderseitigen Einverständniß erfolgte, also vertragsmäßige Hergabe der Sache unter der Bestimmung, daß der Empfänger, falls es ihm beliebt, die Sache soll behalten können, schließt jede fernere Willkür des Gebers in Bezug auf den Erwerb des Empfängers aus, sie enthält eine eventuelle Rechtsübertragung, und zwar in der Weise, daß über die Vollziehung nur noch das Belieben des Empfängers zu entscheiden hat: daß ihm das Recht deferirt ist. Diese Delation ist aber wie die analoge Erscheinung beim Erbschaftserwerbe nicht ein Rechtsverhältniß, sondern nur eine Phase der Rechtsübertragung, sie bedeutet den vorgeschobensten Punkt, bis zu welchem die Willkür des Gebers vor der Perfection des Uebertragungseffects ausgeschlossen werden kann. Eine beachtenswerthe Analogie bietet die Hingabe eines Gelddepositum, wobei dem Depositar die Darlehnsnahme verstattet ist:

Quodsi ab initio, quum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum, l. 10 D. de reb. cred. 12, 1 (Ulpianus).

Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi teneberis, l. 1 § 34 D. depos. 16, 3 (Ulpianus).

Mit der Hingabe zur Verwahrung ist eine eventuelle Eigenthumsüberlassung verbunden; die Möglichkeit für den Depositar, die deponirte Summe darlehnsweise zu übernehmen, kann von dem Deponenten nicht mehr widerrufen werden und der Erwerb der Summe zu Eigenthum hängt lediglich von dem Willen des Empfängers ab. Die Ausschließung der Willkür des Gebers in Bezug hierauf erklärt sich aus seiner Veräußerungshandlung und kann keinem rechtlichen Bedenken unterliegen.

Die Bedingung: si volet, si voluerit ist aber keine eigentliche Bedingung. Das schließliche Wollen des Empfängers ist zwar ein ungewisser, aber doch kein außerhalb des Wesens des Rechtsgeschäfts liegender Umstand, vielmehr ein Moment des Geschäftes selbst, das nach dem Willen der Parteien noch einstweilen ausgesetzt bleibt, während die Bedingung: si res placuerit keinen bloß rechtsgeschäftlichen Charakter, sondern den Charakter des Zufälligen in sich trägt und eine eigentliche Bedingung ist. Bei der Bedingung: si volet handelt es sich um eine Pendenz des Rechtsgeschäfts in Folge Hinausschiebung eines Geschäftsmoments, bei der Bedingung: si placuerit res um eine Pendenz in Folge einer eigentlichen Bedingung. Aber weder in dem einen, noch in dem anderen Falle bleibt bis zum Zeitpunkt der Entscheidung (Genehmigung) Raum für einen Vorvertrag, dem gegenüber die Entscheidung (Genehmigung) als Offerte des Hauptvertrages erscheinen würde, vielmehr handelt es sich um ein einheitliches Geschäft, nur mit der Besonderheit, daß ein wesentlicher bezw. zufälliger Bestandtheil desselben noch nicht entschieden ist. Aus dem Obigen ergiebt sich ferner das Resultat: Die Gebundenheit des Gebers bis zur Erklärung des Empfängers beruht nicht auf der obligatorischen, sondern auf der **dinglichen** Seite des Realcontracts: nämlich auf der Hingabe (datio), insofern sie eine eventuelle Rechtsübertragung bezw. Eigenthumsüberlassung

enthält, nicht also auf der lex contractus, d. i. der lex rei data, welche vielmehr gerade den den Empfänger verpflichtenden Geschäftsinhalt zum Ausdruck bringt: Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis incertam civilem dandam actionem juris auctoritas demonstrat l. 6 C. de rer. perm. 4, 64 (Dioclet. et Maximian.).

Es ist daher nicht erfindlich, wie Bechmann (II S. 236, 237) die Gebundenheit des Gebers aus der lex contractus herleiten und eine „unwiderrufliche Offerte als Bestandtheil der lex eines unbenannten Realcontracts" annehmen will, welche dazu noch in der Bedingung liegen soll, unter der der Tradent die Rückgabe fordern kann: daß der Empfänger die Sache nicht behält.

Aus den von Bechmann (II S. 232—238) in Bezug genommenen Pandektenstellen läßt sich denn auch Nichts für seine Auffassung entnehmen.

Anlangend zunächst die l. 20 pr. D. de praescr. verb. 19, 5: Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiundos dedero, ut si in triduo displicuissent redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio? Et puto verius esse praescriptis verbis agendum; nam inter nos hoc actum ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares (Ulpianus), so handelt es sich hier darum, welches Rechtsverhältniß vorliegt, wenn Jemand eine Sache, die ihm zur Prüfung Zwecks Eingehung eines Kaufes überlassen worden ist, nicht zur Vornahme der Prüfung, sondern zur Erzielung eines Gewinnes benutzt hat und trotzdem erklärt, den Kauf nicht abschließen zu wollen. Die in der Stelle aufgeworfene Frage, ob nicht bereits ein Kauf vorliege (an sit ex vendito actio?), wird von Ulpian verneint, offenbar weil die gewinnbringende Benutzung allein noch nicht als unzweideutiger Ausdruck des Kaufwillens: des Habenwollens gelten kann. Ulpian entscheidet sich daher für die Annahme eines Innominatcontracts. Aus dieser heraus ist auch die Frage nach der Vergütung wegen der betreffenden, nicht unentgeltlich bewilligten Art des Gebrauchs zu beantworten. Diese Vergütung kann nur in dem Interesse, d. i. dem Werth der Nutzung und Ersatz etwaigen Schadens, bestehen, so daß sich schließlich derselbe Effekt herausstellt, wie wenn die Sache von vornherein zu dem erwähnten Zweck vermiethet worden wäre. Der muthmaßliche Wille des Gebers geht dahin, daß, falls der Empfänger nicht kauft, sich aber auch nicht auf Benutzung zur Vornahme der Prüfung beschränkt, sondern die Sache in selbständiger Weise nutzt, er dafür ein Aequivalent zu leisten haben soll. Hierauf deuten unverkennbar die Schlußworte: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.[1])

Daß es sich in der Stelle um eine bloße Verkaufsofferte, nicht um einen bedingten Kauf handle, ist schlechterdings nicht ersichtlich. Im Gegen-

---

[1]) Ganz unmotivirt ist es, daß, wie Bechmann II S. 236 meint, die actio praescriptis verbis auf Auskehrung des vom Empfänger gemachten Gewinnes (Siegespreises) gehen soll.

theil würde mit den Worten: ut si in triduo displicuissent, redderes als Gegensatz zu denken sein: ut si placuissent, emeres oder emptos haberes, so daß ein Kauf unter der Suspensivbedingung: si placuissent mit Vorleistung des Verkäufers resultiren würde. Daß der Kauf hier von dem Realcontract umschlossen wird, ist unwesentlich nach l. 5 pr. D. de praescr. v. 19, 5: et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est, da dies auch umgekehrt gelten muß: si rem do, ut pecuniam accipiam.

Noch unzweideutiger ist der Hinweis auf einen Kauf unter der Bedingung: si res placuerit, in l. 20 § 1 D. de praescr. v. 19, 5:

Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et si placuissent emeres, si displicuissent ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum utrum pretium [et merces] an merces tantum? Et ait Mela, interesse utrum emtio jam erat contracta an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus; puto autem, si quidem perfecta fuit emtio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. In den Worten: si placuissent emeres liegt der unmittelbare Ausdruck des allerdings wieder vom Realcontract umschlossenen Kaufs auf Probe.

Es fehlt aber auch nicht an Quellenaussprüchen, die den Kauf auf Probe als selbständiges Geschäft voraussetzen, dementsprechend alsdann die Hergabe der Waare erfolgt: So in l. 17 § 4 D. de praescr. v. 19, 5: Si quum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime praestiturum; ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.

Man ist nicht berechtigt, ohne Weiteres das venderes von einem bloßen Verkaufenwollen zu verstehen. Das bei der Kaufverhandlung gestellte Verlangen, die Kaufsache behufs der Prüfung durch Sachverständige beim Käufer zu belassen, deutet auf den Vorbehalt des Gefallens der Sache. Die Parteien waren offenbar soweit einig, daß die Perfection des Geschäfts nur noch vom Ausfall der Prüfung abhängen sollte.

Noch bestimmter erscheint der Kauf auf Probe als selbständiges Geschäft in l. 52 § 3 D. ad leg. Aquil. 9, 2:

Quidam boves vendidit ea lege, ut daret experiundos, postea dedit experiundos, emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est, quaerebatur, num venditor emtori damnum praestare deberet? Respondi, si emtor boves emtos haberet, non debere praestare, sed si non haberet emtos, tum si culpa hominis factum esset ut a bove feriretur non debere praestare, si vitio bovis debere (Alf. Varus). Die Worte: vendidit ea lege ut daret experiundos drücken den Vorbehalt der Prüfung aus und sind nicht etwa zu verstehen von einer besonderen „auf die Besichtigung bezüglichen verpflichtenden Nebenverab-

redung bei dem suspensiv bedingten Vertrage". Auf ein resolutiv-bedingtes Geschäft kann die Stelle in Hinblick auf die am Schluß hervortretende Alternative: si emtor emtos haberet — si non haberet emtos nicht bezogen werden. Das emptum habere des emtor kann nur bedeuten, daß der Käufer die bedingt verkaufte Waare endgültig übernommen hat.

Wenn in den genannten Stellen auch das vorausgesetzte suspensiv-bedingte Geschäft nicht näher erörtert wird, so erklärt sich dies einfach daraus, daß nur das durch das Anvertrauen der Sache Zwecks der Prüfung begründete, also das specifische aus dem Innominatcontract hervorgehende Rechtsverhältniß in einzelnen seiner Folgen, insbesondere bezüglich des periculum, dargelegt werden sollte. Bedenklich ist es daher, aus jenen Stellen den Schluß zu ziehen, daß den „Pandektenjuristen" der Kauf auf Probe als solcher unbekannt gewesen.

Will man eine Vermuthung über den Entwickelungsgang dieser Geschäftsfigur äußern, so scheint man gegen die Bedingung: si placuisset bei einem bloßen Consensualcontract ursprünglich Bedenken gehabt und sie nur auf realcontractlicher Grundlage[1]) zugelassen zu haben.

§ 36. II. Resolutivbedingung.

Die Idee der Resolutivbedingung, wie sie der älteren Theorie geläufig war: als eine Bedingung, durch welche ein bestehendes Rechtsverhältniß so aufgehoben wird, als ob es nie bestanden hätte, kann nicht schon mit der Bemerkung abgefertigt werden, daß durch keinen Willen Geschehenes ungeschehen gemacht werden könne. Denn es handelt sich nicht um ein wirkliches Ungeschehenmachen, sondern um die rechtliche Behandlung, als wenn das Rechtsverhältniß nie entstanden wäre. Diese Art der Behandlung kann aber keine größere Schwierigkeit verursachen, als die Behandlung des suspensiv-bedingt gewesenen Rechtsverhältnisses als ein schon vor Eintritt der Bedingung und zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorhanden gewesenes. Es fragt sich nur, ob und in welcher Weise eine solche Art der Behandlung positiv-rechtlich anerkannt ist. Vorweg erhellt, daß durch die Behandlung der Resolutivbedingung als Resolutivvertrag mit obligatorischer Wirkung oder als in continenti beigefügter bedingter contrarius consensus jene direkte und rückwirkende Auflösung nicht erzielt werden würde, und für eine solche Quellenaussprüche, die sich auf die resolutiven Nebenverträge beziehen, nicht geltend gemacht werden können.

Allein das römische Recht hatte in der Fiktion ein Mittel zur Herbeiführung jener Wirkung.

Außer dem jus postliminii und der fictio legis Corneliae, insofern dadurch der Eintritt der Servitus für den Kriegsgefangenen hinwegfingirt

---

[1]) Auf den Zusammenhang mit den Innominatcontracten hat bereits Goldschmidt, Zeitschr. I S. 264 aufmerksam gemacht.

wurde, sind in dieser Beziehung bemerkenswerth die Rescission des Testaments in Folge der querela inofficiosi und die Beseitigung des Vermächtnißerwerbes durch Repudiation. Erstere, wo sie eine vollständige war, beruht auf der Fiktion, daß dem Testator die Testamentifactio gefehlt habe (testamentifactionem habuisse defunctus non creditur l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5, 2), demzufolge denn auch der Erbschaftsantritt als nicht geschehen erachtet wurde und alle Wirkungen desselben hinwegfielen.[1]) Ebenso besteht die partielle Rescission in Folge der querela darin, daß das Testament und der testamentarische Erbschaftserwerb pro parte als nicht vorhanden angesehen wird. Imgleichen wird der Vermächtnißerwerb mit allen seinen Consequenzen durch die spätere Repudiation beseitigt. Die von Czyhlarz[2]) vertretene Construction dieser Fälle aus einer resolutiven conditio juris ist unhaltbar. Von Seiten der querela inofficiosi steht ihr entgegen, daß die Rescission nicht, wie die Resolutivbedingung, einen an sich rechtsgültigen Bestand des Rechtsverhältnisses anerkennt und diesem nur als ein rückwärts wirkender Aufhebungsgrund entgegentritt, sondern umgekehrt das Testament als von Anfang gänzlich oder pro parte nichtig und daraus einen gültigen Rechtsbestand überhaupt gar nicht oder wenigstens pro parte nicht als eingetreten betrachtet. Es ist daher für die Auffassung, daß der Erbschaftserwerb aus dem Testament sich nur unter dem gesetzlichen Vorbehalt versteht, daß nicht dagegen erfolgreich die querela durchgeführt wird, gar kein Raum. Dasselbe gilt beim Vermächtnißerwerb hinsichtlich des vermeintlichen Vorbehalts der Nichtrepudiation, da hier vielmehr eine Präsumtion des Annahmewillens Platz griff.

Was sich die ältere Theorie als resolutiv-bedingtes Rechtsverhältniß vorstellte, ist bei näherer Prüfung der einschlägigen Quellenaussprüche Nichts als unbedingte Rechtsübertragung, combinirt mit suspensiv-bedingter Rückübertragung für den Veräußerer bezw. suspensiv-bedingter Uebertragung an einen Dritten.

§ 37. Conditio juris.

Was für die Pendenz bei einer conditio facti gilt, findet analoge Anwendung bei der conditio juris, sofern diese im concreten Fall auf ein ungewisses Faktum geht, wie z. B. die Eröffnung des Testaments als conditio für den Erbschaftsantritt gemäß der lex vicesimaria, der Erbschaftsantritt als conditio für den Vermächtnißerwerb. Der Gegensatz der conditiones juris und facti bedeutet an sich nur, daß erstere auf rechtlicher Normirung (ex jure veniunt l. 21 D. de cond. 35, 1), letztere auf Privatwillkür beruhen. Der Begriff der ersteren ist aber insofern weiter, als sie nicht bloß künftige und ungewisse, sondern auch gegenwärtige und objectiv gewisse Umstände zum Inhalt haben können, z. B. Vermögensfähigkeit und Rechtsselbständig-

[1]) omnia perinde observari oportere ac si hereditas adita non fuisset, l. 21 § 2 D. de inoff. test. 5, 2. cfr. l. 8 § 16, l. 28 D. eod., l. 22 C. eod. 3, 28.

[2]) Resolutivbed. S. 100 Note 5.

keit des Erben[1]) beim Erbschaftsantritt. Die auf zukünftige, ungewisse Umstände gerichtete und daher den eigentlichen Bedingungen inhaltlich gleiche conditiones juris werden in den Quellen conditiones tacitae oder extrinsecus venientes (d. i. nicht in der Willenserklärung enthaltene) genannt[2]), und sind, wie die eigentlichen Bedingungen, perficirende Momente des Rechtserwerbes, der Rechtswirkung. Sie sind daher zu unterscheiden: 1) von den substantiellen, subjectiven und objectiven Voraussetzungen (Forderung als Voraussetzung des Pfandrechts, der Novation, Acceptilation, Ehe als Voraussetzung der dos; ungewisses Subject; ungewisses Object, z. B. res futura: l. 8 pr. D. contr. empt. 18, 1, ungewisses Eigenthum des Veräußerers: l. 8 D. de reb. cred. 12, 1, l. 15 D. de reb. dub. 34, 5, l. 14 D. de opt. leg. 33, 5); 2) von den Fittingschen Rückziehungsfällen (declaratio retrospectiva), da es sich in diesen nicht um Perfection, sondern Gewesensein oder Nichtgewesensein handelt (z. B. Gültigkeit des Testaments, Repuls des Legatars, Collegatars, Rückfall des pec. castrense); 3) von den Fiktionsfällen (Postliminium, fictio legis Corn.), da hier durch einen ungewissen Umstand: Rückkehr, Tod, nicht eine Rechtswirkung, sondern die Fiktion und durch die Fiktion erst die Rechtswirkung begründet wird. Durch diese Ausscheidungen vereinfacht sich die Frage[3]) nach der Rückwirkung der conditiones juris. Die Rückwirkung tritt ein, wo, bei Verträglichkeit mit dem juristischen Causalitätsgesetz, ein praktisches Bedürfniß dafür vorliegt: so beim Erwerb durch den servus fructuarius, l. 43 § 2 D. de acq. r. d. 41, 1: intelligitur fructuarii homo fuisse l. 25 § 1 D. de usufr. 7, 1: retro fructuarii fuisse. cfr. l. 12 § 5 i. f. D. eod. 7, 1, l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21, 1. Sie tritt nicht ein, wo das Causalitätsgesetz entgegensteht: So, wenn der Erwerb des Legatars hätte auf den Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung zurückdatirt werden sollen oder derjenige, qui decem jussus dare et liber esse (l. 3 § 5 D. de stat. lib. 40, 7) noch im Zustand der Unfreiheit sollte Eigenthum an quinque übertragen können, weßhalb erst mit Zahlung des Ueberrestes und

---

[1]) l. 21 D. de cond. et dem. 35, 1: Multum interest, conditio facti an juris esset. nam hujusmodi conditiones: si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus erit, quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse. Quae vero ex jure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias, poterit acquirere hereditatem .... (Julianus).

[2]) l. 99 D. de cond. 35, 1: Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia (Papin.) l. 6 § 1 D. quando dies 36, 2: at si extrinsecus suspendatur legatum, non ex ipso testamento, l. 25 § 1 D. eod. conditio ... extrinsecus expectanda. Davon sind die stillschweigend erklärten conditiones facti (conditiones tacite adjectae) wohl zu unterscheiden.

[3]) Unbefriedigend: Czyhlarz, Zeitschr. f. C. u. Pr. 20 S. 291 flgd.; Eisele, Ueber die conditiones juris Arch. f. civ. Prax. 54 S. 109—129; Enneccerus, Suspensivbed. S. 127—129. Unrichtig auch, daß „die cond. juris nur declarative, nicht constitutive Wirkung" hat, wie Eisele, Arch. f. c. Pr. 50 S. 279, 280 und Wendt, bedingtes Forderungsr. S. 22 annehmen.

der damit erlangten Freiheit auch die Eigenthumsübertragung an jenen quinque giltig wird, sic tamen, ut non retro nummi fiant accipientis.

Aehnlich im Fall der l. 7 §§ 8, 9 D. de don. i. v. et ux. 24, 1: antea manumittendo nihil agit. Andererseits lag kein praktisches Bedürfniß vor, den Erwerb des Eigenthums an der legirten Sache vom Tode des Testators zu datiren.

B. Alternative Pendenz (Alternative Delation).

§ 38. Natur.

Die alternative Pendenz ist ein Fall mehrfacher Pendenz. Die Pendenz ist einfach oder mehrfach, je nachdem sie sich nur auf ein Rechtsverhältniß oder mehrere Rechtsverhältnisse bezieht. Die mehrfache Pendenz kann hervorgehen aus einer Mehrheit der concurrirenden substantiellen Momente, wie aus einer Mehrheit der concurrirenden Subjecte und Objecte. Sie ist ferner eine copulative oder eine disjunctive, je nachdem die pendente Mehrheit von Rechtsverhältnissen nebeneinander zur Entstehung kommen kann oder die Existenz des einen die Existenz des anderen ausschließt. Die alternative Pendenz für mehrere Subjecte oder bezüglich mehrerer Objecte charakterisirt sich als alternative Delation.

1. Mehrfache Pendenz in Folge mehrfacher substantieller Momente.

Eine solche, und zwar disjunctiver Art, ergiebt sich aus der Combination des jus postliminii und der fictio legis Corneliae, insofern bei ersterem der Wiedereintritt des Rückkehrenden in sein früheres Recht, bei letzterer Erbfolge in Frage steht und also zwischen diesen beiden Rechtsfolgen die Entscheidung zu treffen ist. Als denkbares drittes Glied der Disjunction kommt hinzu diejenige Rechtsfolge, die sich ergiebt, wenn der Gefangene zwar die Freiheit wiedererlangt, aber nicht den animus revertendi hat, nämlich, daß es bei den Wirkungen der capitis deminutio verbleibt.

Ein ferneres Beispiel alternativer substantieller Pendenz liefert der von Gajus, Inst. III § 146 besprochene Fall, daß Sklaven zum Kampfspiel unter der Verabredung überlassen sind, daß der Empfänger für jeden Getödteten oder Verstümmelten einen bestimmten Preis, für die unversehrt Gebliebenen aber eine bestimmte Vergütung (pro sudore) zahlen soll. Es handelt sich hier um alternative Pendenz zwischen Kauf und Miethe, indem der Umstand, ob die überlassenen Gladiatoren aus dem Kampfe unversehrt hervorgehen oder nicht, über den Charakter des eingegangenen Geschäfts entscheidet und nach Gajus in dem erstern Fall Miethe, in dem andern Fall Kauf vorliegt: et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi ant debilitati sunt, emtionem et venditionem esse, idque ex accidentibus apparere tamquam sub conditione facta cujusque venditione aut locatione. jam enim non dubitatur quin sub conditione res venire aut locari possit.

Es drängt sich gegen diese Entscheidung das Bedenken auf, daß, falls der Kauf wirklich als bedingter angesehen werden soll, er betreffs der getödteten Sklaven im Moment seiner Perfection objectlos sein würde. Denn es ist unzweifelhaften Rechtens, daß bei Untergang des Gegenstandes vor Eintritt der Bedingung das Geschäft nicht zu Stande kommt und Rückziehung nicht Platz greift. Allein die Worte: idque ex accidentibus apparere deuten auf eine andere Construction. Ex post angesehen, stellt sich nämlich das Rechtsverhältniß in der That bald als Miethe, bald als Kauf dar: Werden die Sklaven unversehrt zurückgegeben, so hat der Unternehmer sie zu ihrer berufsmäßigen Thätigkeit verwendet und zahlt das Aequivalent für den gemachten Gebrauch. Sind hingegen die Sklaven getödtet oder verstümmelt worden, so hat er auf Grund des Vertrags über sie in einer die Rückgabe ausschließenden Weise verfügt und ersetzt in dem vorbestimmten Preise ihren Werth. Es liegen daher in diesem Falle objectiv alle Merkmale des Kaufes vor. Das eingegangene Geschäft entwickelt sich daher je nach dem weiteren Verlauf (ex accidentibus) bald als Miethe, bald als wirklicher Kauf, und zwar liegt der Kauf nicht bloß in perfecter Gestalt, sondern auch in seinem thatsächlichen Vollzuge vor. Erst der schließliche Ausgang bringt die Entscheidung darüber, welches Rechtsgeschäft entsteht. Insbesondere läßt sich der eingegangene Contract nicht auffassen als Kombination eines bedingten Mieths- und eines entgegengesetzt bedingten Kaufvertrages. Denn ein Miethsvertrag unter der Bedingung, daß nach gemachtem Gebrauch die Rückgabe der Miethssache möglich sein werde, ist widersinnig, da der Gebrauch, soweit er gemacht ist, bereits die Contractserfüllung Seitens des Vermiethers darstellt und daher auch contractmäßig zu vergüten ist. Sollte aber die Bedingung in dem Sinne gestellt sein, daß bei ihrem Eintritt der Miether für den gemachten Gebrauch der Sache Nichts zu zahlen habe, so würde dies dem Wesen des Miethsvertrages widerstreiten und kein bedingter Miethsvertrag, sondern eine bedingte unentgeltliche Gebrauchsüberlassung vorliegen. Die Unmöglichkeit eines Kaufes aber unter der Bedingung, daß die Kaufsache untergeht, ist bereits dargethan. Für die Möglichkeit eines solchen Kaufs läßt sich aus dem Satz: daß bei bedingten Käufen der Käufer gültigerweise die Gefahr übernehmen könne, Nichts erweisen, da dies eben einen gültigen bedingten Kauf voraussetzt. Wenn ältere römische Juristen bei Untergang der Sache vor dem Eintritt der Bedingung das periculum dem Käufer auferlegen wollten, so beruht dies nicht darauf, daß sie die Entstehung der Sache sine re für möglich hielten, sondern auf einer allzufreien Interpretation des Parteiwillens, indem sie ohne Weiteres supponirten, daß der Käufer intentionsmäßig die Gefahr zu tragen haben sollte.

Das in dem von Gajus erörterten Falle obwaltende Rechtsverhältniß charakterisirt sich, bevor die weitere Entwickelung für das eine oder andere Geschäft entschieden hat, als alternative Pendenz zweier Rechtsgeschäfte, indem die einzelnen Sklaven je nach dem schließlichen Ausgange entweder als vermiethet oder als verkauft gelten. Die Alternative wird durch den schließlichen Ausgang entschieden und ist die Analogie der Bedingung von Gajus

offenbar nur herbeigezogen, um die juristische Möglichkeit einer solchen Art der Entscheidung darzuthun.

Als alternative Pendenz verschiedener Rechtsgeschäfte würde sich auch das dem Trödelvertrag zu Grunde liegende Rechtsverhältniß darstellen (Kauf, locatio operarum, auch locatio operis, Mandat), wenn nicht in dem Trödelvertrag ein einheitlicher Geschäftscharakter geschaffen wäre, so daß es sich nur um einen alternativen Leistungsinhalt handelt.

Von besonderer Wichtigkeit ist

2. die alternative Pendenz mehrerer Subjecte oder Objecte.

Dieselbe findet nicht bloß auf dem Gebiete des Obligationenrechts, sondern auch auf Verhältnisse des Sachen-, Personen-, Familien- und Erbrechts, ja selbst öffentlichrechtliche Verhältnisse (z. B. bei Besetzung geistlicher Aemter in Folge des Präsentations- oder Nominationsrechts) Anwendung. Fälle aus dem Privatrecht sind: das disjunctive Freiheitsvermächtniß, das disjunctive Vindicationslegat, die disjunctive Vormünder- oder Erbesernennung. Wie diese Beispiele zeigen, bezieht sich diese Art der Pendenz auf alle wie auch immer gearteten Fälle, in denen aus einem Kreise disjunctiv benannter oder generell bezeichneter Personen oder Sachen für ein zu perficirendes Rechtsverhältniß eine Auswahl getroffen werden soll, sei es durch Wahl eines dazu Berufenen (Interessenten oder Dritten), sei es durch einen zufälligen Umstand (z. B. uter oder qui ex cognatis meis, qui nunc sunt, primus ad funus meum venerit).

Das eigenthümliche Wesen dieser Fälle besteht darin, daß hier nicht, wie bei den alternativen Obligationen, durch eine Realisirungshandlung: Zahlung, Acceptilation, Novation, Litiscontestation, sondern durch Wahl, d. h. durch bloße Wahlerklärung, durch die Erklärung des zur Vornahme der Auswahl berufenen Organs die Alternative entschieden wird. Es handelt sich somit hier um wirklich imperfecte Rechtsverhältnisse, die durch Vornahme der Wahl ein bestimmtes Subject oder Object erhalten und dadurch zur Perfection gelangen. Durch die Wahl werden sie auf ein bestimmtes Subject oder Object fixirt. Sie stellen einfache Rechtsverhältnisse, nicht Combinationen von solchen vor, indem, wenn die Wahl getroffen, nur ein einfaches Rechtsverhältniß mit bestimmtem Charakter und bestimmtem Object und Subject hervorgeht. Mehrfach ist bei ihnen nur das Pendenzverhältniß, insofern mehre Subjecte und Objecte alternativ concurriren. Die mehren Subjecte sind für einen bestimmten Rechtsinhalt alternativ berufen, und die mehren Objecte sind alternativ Gegenstand der Berufung. Es findet also statt alternative Berufung mehrer Subjecte oder alternative Berufung auf mehre Objecte und ein künftiger, ungewisser Umstand soll für das eine Subject und eine Object entscheiden.

Wenngleich nun hier das entscheidende Moment ein ungewisser künftiger Umstand ist, so wäre es doch unrichtig und jedenfalls ungenau, diese Art Pendenz auf eine Bedingung zurückzuführen und dies dahin auszu-

drücken: daß die Wahl zur Bedingung gemacht sei, weil „die Entscheidung auf eine Quelle gestellt sei, die auch versagen könne".[1]) Conditio im Allgemeinen bezeichnet zwar in der Sprache der Quellen jedes irgendwie bei der Begründung von Rechtsverhältnissen oder Rechtswirkungen näher oder entfernter betheiligte Moment, sei es von factischem oder rechtlichem Charakter und mag es in einem vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen Thatumstand bestehen, und kann hierunter auch das objective und subjective Pendenzmoment begriffen werden, wie dies auch beispielsweise in der l. 15 C. de contrah. empt. 4, 38: sub hac conditione stare venditionem und l. 25 D. loc. 19, 2: sub hac conditione stare locationem mit Bezug auf die dem Gutbefinden eines Dritten überlassene Bestimmung des Kauf- oder Miethspreises (quanti Titius aestimaverit) geschieht. Conditio im eigentlichen Sinne aber als der zur Hinausschiebung der normalen Wirkung des Rechtsgeschäfts willkürlich gesetzte Umstand, bezieht sich nicht auf einen noch ausstehenden wesentlichen Bestandtheil des Rechtsverhältnisses (Preis, Object, Subject), sondern setzt voraus, daß das Rechtsgeschäft an sich, d. h. abgesehen von der Bedingung, alle wesentlichen Bestandtheile des zu begründenden Rechtsverhältnisses bereits ergiebt, so daß dessen Perfection eben nur noch vom Eintritt der Bedingung abhängt. Man kann nicht sagen, daß das Rechtsverhältniß, wenn der Mangel eines wesentlichen Bestandtheils nicht gehoben wird, in Folge der Deficienz einer Bedingung nicht existent geworden sei, vielmehr ist die Nichtexistenz hier lediglich die Folge des wesentlichen Mangels, weßhalb es von dem Falle, wo die Preisbestimmung durch den Dritten ausbleibt, heißt: pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto, pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta, l. 15, l. 25 cit.[2]) Hinter jener Ausdrucksweise liegt aber noch eine Unklarheit in anderer Beziehung versteckt, indem man an den Fall denkt, wo die Perfection des Rechtsverhältnisses streng an die von dem Constituenten bezeichnete Entscheidungsquelle gebunden ist, so daß, falls sie versagt, ein ergänzender Entscheidungsmodus völlig ausgeschlossen, und diesen Fall als einen in seinem Grundcharakter gänzlich verschiedenen von dem anderen Falle betrachtet, wo nach einem zu unterstellenden eventuellen Willen des Constituenten gerade ein ergänzender Entscheidungsmodus Platz greifen soll und muß. Es leuchtet zunächst ein, daß beide Fälle einen wesentlich gleichartigen Charakter haben, indem es sich in dem einen wie dem anderen um Pendenz des Subjects oder Objects handelt und also das Hinzutreten der eventuellen Entscheidungsquelle zu der principalen nur auf einer weiteren Anwendung eines und desselben Grundbegriffes beruht. Sodann ergiebt sich, daß man einerseits nicht den ersteren Fall als einen solchen bezeichnen darf,

---

[1]) Windscheid, II § 255 Note 3. Von einer wirklichen alternativen Obligation kann hier ohnehin nicht die Rede sein. Vgl. Pescatore, S. 70.

[2]) cfr. l. 75 D. pro socio 17, 2: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit, d. h. die Societät war nur in der Art, wie sie T. bestimmen würde, beabsichtigt.

wo die „Wahl als Bedingung fungirt", da der Begriff der eigentlichen Bedingung hier überhaupt nicht zutrifft, andererseits nicht in dem letzteren Fall der durch die eventuelle Entscheidungsquelle fixirte Gegenstand bloß als in exsolutione und nicht in obligatione befindlich angesehen werden darf, beide Fälle somit durchaus gleichmäßig zu behandeln sind.

Ob die Wahl einem Interessenten oder einem Dritten zusteht, macht in dieser Beziehung keinen Unterschied.[1]) Wo die Wahl dem Gläubiger beigelegt wird, kann es zweifelhaft sein, ob daraus eine wirkliche Pendenz des Objects hervorgeht oder nur eine Modalität des an sich perfecten Forderungsrechts beabsichtigt ist, und kommt es hier lediglich auf den Willen des Constituenten an. Gemeinsam allen hier einschlägigen Fällen ist, daß durch bloße einmalige Abgabe der Wahlerklärung die Pendenz endgültig entschieden wird und eine Aenderung dieser Entscheidung ausgeschlossen ist.

§ 39. Einzelne Fälle, insbesondere Schuldwahlverhältniß und Wahlvermächtniß (optio legata).

1. Fälle objectiv-alternativer Pendenz.

Hierher gehört vor Allem das Schuldwahlverhältniß. Ich verstehe darunter die Delation eines Forderungsrechts auf einen durch Wahlerklärung — sei es des Verpflichteten oder Berechtigten — zu bestimmenden Gegenstand. Das Forderungsrecht wird hier erst mit der Wahl seinem Object nach perfekt. Fälle dieser Art enthalten: l. 84 § 9 D. de leg. 1 (30): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato: si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit (Julian.).

l. 11 § 1 D. de leg. 2 (31): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato ...... si dixerit, se Stichum dare velle, Sticho mortuo liberari eum. Si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter, qui supererit, in obligatione manebit. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit et ita et Juliano placet (Pompon.). Durch das Legat wird der Legatar alternativ auf zwei Gegenstände berufen. Daß nicht ihm, sondern dem Erben die Wahl zusteht, ist nur eine Beschränkung des Rechts aus der

[1]) Die Behauptung Pescatore's S. 71, daß die Wahl zur Bedingung stets dadurch werde, daß sie einem Dritten eingeräumt wird, ist nur in dem Sinne richtig, daß in einem solchen Falle stets Pendenz des Objects vorliegt. Wenn anscheinend widersprechend Puchta, Vorlesungen II § 221 a. E. annimmt: die Wahl des Dritten könne als Bedingung gemeint sein, müsse es aber nicht, so verbindet er damit, wie seine Bezugnahme auf l. 3 § 1 C. comm. de leg. 6, 43 zeigt, offenbar den Sinn: daß, falls der Dritte nicht wählt, das Vermächtniß nicht nothwendig und in allen Fällen vereitelt werde, vielmehr nach der Absicht des Testators die Wahl auf den Vermächtnißnehmer selber übergehen könne. Die Polemik Pescatore's a. a. O. Note 2 gegen den Puchta'schen Satz beruht somit auf einem Mißverständniß.

Delation, schließt aber den Begriff der letzteren nicht aus. Den Fall einer durch Stipulation begründeten objectiv-alternativen Delation ergiebt l. 112 pr. D. de V. O. 45, 1: Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet, quem elegerit petet et is erit solus in obligatione. an autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, quem voluero, an, quem volam. nam si talis sit, quem voluero, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit. si vero tractum habeat sermo illius et sit talis, quem volam donec judicium dictet, mutandi potestatem habet (Pompon.). Je nach der Ausdrucksweise: quem voluero oder quem volam ist der Charakter des Forderungsrechts ein verschiedener. Im ersteren Fall ist die Absicht der Stipulation, daß der Stipulator ein Forderungsrecht gerade nur auf den einen von ihm auszuwählenden Gegenstand erlangen soll und nur das einfache Forderungsrecht soll ausüben können, im letzteren Falle dagegen erhält er ein Forderungsrecht mit zwiefachem Gegenstand, das er beliebig bezüglich des einen oder anderen Gegenstandes ausüben kann, so daß erst mit der Klage (donec judicium dictet!) das ganze Recht aus der Stipulation consumirt wird.

Einen objectiv-pendenten Kauf, nicht aber einen perfekten alternativen Kauf behandelt l. 25 pr. D. de contr. empt. 18, 1: Si ita distrahatur: illa aut illa res, utram eligat venditor, haec erit empta (Ulp.), wogegen in l. 34 § 6 D. eod. ein perfecter alternativer Kauf vorliegt.

Der Musterfall des objectiv-pendenten dinglichen Erwerbes ist das Wahlvermächtniß. Mit der Wahl wird die Pendenz entschieden.

l. 20 D. de optione vel electione legata 33, 5: Apud Aufidium libro primo rescriptum est: cum ita legatum est, vestimenta quae volet triclinaria sumito sibique habeto, si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo ejus fit, simulac si dixerit eam sumere (Labeo) l. 2 pr. eod., l. 34 § 14, l. 110 D. de leg. I°.

Das jus legati geht nicht darauf, daß der Legatar an allen im Nachlaß vorfindlichen Gegenständen der betreffenden Art, sondern nur darauf, daß er gerade an den von ihm auszuwählenden Gegenständen Rechte erlangen soll und ist durch die einmalige testatio erschöpft (omne jus legati prima testatione consumpsit).

2. Fälle subjectiv-alternativer Pendenz:

l. 16 D. de leg. 2 (31): Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur; si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri (Celsus).

l. 17 § 1 D. de leg. 2 (31): Si heres damnatus esset, decem uni

ex libertis dare et non constituerit, cui daret, heres omnibus eadem decem praestare cogendus est (Marcellus).

l. 22 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5: declarat, quos velit manumittere (Papin.).

In diesen Stellen handelt es sich um Vermächtnißverfügungen, deren principaler Inhalt sich disjunctiv auf mehre Subjecte bezieht, unter denen die Wahl (declaratio) des Erben für die Berechtigung entscheiden soll. Die Möglichkeit des Erwerbes liegt für jedes einzelne Subject vor. Wählt der Erbe, so ist der Anfall bezw. Erwerb zu Gunsten des Einen entschieden und fällt die Delation an die Uebrigen weg. Wählt dagegen der Erbe nicht, so tritt nach einem supponirten eventuellen Vermächtnißwillen Gesammt- bezw. Theilberechtigung Aller ein. Wie im ersteren Fall die Einzelberechtigung, ist im letzteren Fall die Gesammt- bezw. Theilberechtigung von einem ungewissen künftigen Umstand: der Wahl oder Nichtwahl des Erben abhängig, und handelt es sich prinzipaliter um eine subjectiv-alternative, eventuell aber um eine subjectiv-copulative Delation. Der Ausgang ist somit ein verschiedener, je nach der Art, wie die Pendenz entschieden wird.

Dies führt auf die

§ 40. Entscheidung der alternativen Pendenz.

Wenn die Pendenz eine Ungewißheit bedeutet, die durch einen künftigen, ungewissen Umstand gehoben werden soll, so kann der Ausgang ein zwiefacher sein: Entweder das Entscheidungsmoment tritt ein oder nicht. Im letzteren Falle wirft sich die Frage auf, ob es bei dieser Entscheidung im negativen Sinne bewenden soll und das pendent gewesene Rechtsverhältniß definitiv vereitelt ist. Diese Frage beantwortet sich lediglich aus dem Willen des Constituenten und es sind demnach zu unterscheiden:

Fälle, in denen die Entscheidung streng an die vorbestimmte Norm gebunden ist,

Fälle, in denen eine subsidiäre Entscheidungsnorm Platz greift.

Hieran schließen sich die

Fälle, in denen über die Art und Weise, wie die Entscheidung herbeigeführt werden soll, keinerlei Festsetzung getroffen ist.

I. Fälle, wo die Entscheidung an die bestimmte Norm gebunden ist.

Fälle dieser Art enthält l. 141 pr. § 1 D. de V. O. 45, 1: Si servus aut filiusfamilias ita stipulatus sit, illam rem aut illam, utram ego velim? non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet. § 1. Extranei quoque persona si comprehensa fuerit, veluti hoc modo, utram earum Titius elegerit, non aliter stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit (Gajus). cfr. l. 76 pr. D. eod.

Die Vornahme der Wahl durch den Sklaven, Haussohn oder Dritten ist ein rein factisches, an die Person des Wählers gebundenes (personae

cohaerens) Moment und kann, falls dasselbe versagt, da aus der Stipulation sich kein Hülfsmoment ableiten läßt, das Forderungsrecht nicht zur Perfection gelangen.

Ein weiteres Beispiel liefert die optio vel electio legata des vorjustinianischen Rechts, mochte die Wahl dem Legatar oder einem Dritten überlassen sein. Wurde von diesen die Wahl nicht persönlich getroffen, so kam das Legat nicht zu Stande: l. 23 J. de leg. 2, 20: Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem et ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non transmittebat. Jedoch war schon, wenigstens für den Fall, daß ein Dritter wählen sollte, controvers: utrum legatum exspiret an aliquod ei inducatur adjutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio. l. 3 § 1 C. comm. de leg. 6, 43.

Die optio legata ist ein einheitliches Vermächtniß (unum legatum) und keineswegs mit Pescatore S. 110—111 Note 15 aufzulösen in „mehre bedingte Vermächtnisse", bei denen „die Existenz der einen Bedingung („daß sich der Vermächtnißnehmer gerade für dieses Vermächtniß entscheidet") nothwendig die Deficienz aller übrigen involvirt." Die Wahl kommt auch nicht „in doppelter Weise, einmal als Erfüllung der Bedingung, dann als Vermächtnißannahme bezw. Ausschlagungserklärung" in Betracht, sondern lediglich als Entscheidung der Pendenz des Objects, wie schon daraus folgt, daß die Entscheidung ebensowohl durch einen Dritten getroffen werden konnte und hier die Annahmeerklärung gar nicht in Frage kam, überhaupt aber letztere nach der Ansicht der Sabinianer entbehrlich war. Daß die Vornahme der Wahl nach l. 16 D. de opt. leg. 33, 5: — optione legata placet non posse ante aditam hereditatem optari et nihil agi, si optaretur — gültigerweise erst nach dem Erbschaftsantritt vorgenommen werden konnte, ist daher nicht aus „den über die Voraussetzungen der Vermächtnißannahme- und Ausschlagungserklärungen geltenden Rechtsgrundsätzen" zu erklären, sondern daraus, daß erst mit dem Erbschaftsantritt das substantielle Moment zu dem Vindicationsrecht des Legatars gesetzt wurde (Gaj. II § 194: post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit) und letzteres seine rechtliche Entwickelung soweit erhielt, daß es durch Fixirung des Objects perfect werden konnte, ferner auch daraus, daß die Wahlerklärung zu ihrer Wirksamkeit das Vorhandensein einer Gegenpartei voraussetzt, der gegenüber sie abzugeben ist.

Aber auch wenn man die Wahlerklärung als Erfüllung einer eigentlichen Bedingung auffaßt, würde vorauszusetzen sein, daß das Rechtsverhältniß soweit vorbereitet ist, daß seine Perfection nur noch vom Eintritt der Bedingung abhängt, d. h. also, daß der Erbschaftsantritt erfolgt ist.

II. Fälle, wo eine subsidiäre Entscheidungsnorm eintritt.

Der constituirende Wille kann dahin gehen, daß die Perfection des Rechtsverhältnisses nicht durchaus an das zunächst benannte Organ ge-

bunden sein, sondern auf alle Fälle eintreten soll. Diese Absicht wird sogar regelmäßig vorauszusetzen sein, da, wenn anders das Rechtsverhältniß ernstlich beabsichtigt war, in Ermangelung besonderer entgegenstehender Beweggründe, anzunehmen ist, daß das zur Wahl berufene Organ nur als das Mittel zum Zweck der Perfection des Rechtsverhältnisses dienen sollte und das Mittel nicht über den Zweck gestellt werden darf. Hier nun war es die Aufgabe, dem Parteiwillen in zweckentsprechender Weise nachzuhelfen (adjutorium inducere!). Das Römische Recht ist in dieser Beziehung sehr erfinderisch gewesen, insbesondere auf dem einer freien Interpretation am meisten zugänglichen Gebiete der letztwilligen Verfügung. Die Behandlung dieser Fälle ist eine verschiedene, je nachdem es sich um objective oder subjective Pendenz handelt.

1. Handelt es sich um mehre disjunctiv benannte Objecte, so geht die Wahl, falls das berufene Organ versagt, auf den Destinatar (Berechtigten) über.

Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung zunächst l. 11 § 1 D. de leg. 2 (31): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat. si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit (Pomponius). Der hier von dem Juristen supplirte Nachsatz folgt von selbst aus dem Vordersatz, wonach der Beschwerte nur die Wahl haben sollte, falls er sie noch am Tage der Testamentseröffnung trifft, der Bestand des Vermächtnisses dagegen von Vornahme dieser Wahl unabhängig sein und auf alle Fälle gesichert werden sollte.[1])

Wo die Wahl auf den Legatar selbst gestellt war, sollte sie, falls Letzterer starb, ohne sie vorgenommen zu haben, auf die Erben übergehen, l. 19 D. de opt. leg. 33, 5: Illud aut illud, utrum elegerit legatarius: nullo a legatario electo decedente eo post diem legati cedentem ad heredem transmitti placuit (Paulus). Dies placuit zeigt, daß der Uebergang des Wahlrechts auf die Erben nicht schon eine selbstverständliche Folge des Erbgangs war, sondern auf besonderer Erwägung und Willensinterpretation beruhte, sowie daß mit den Worten: utrum elegerit nicht bloß eine Modalität des Forderungsrechtes, sondern Pendenz bis zur Wahlerklärung gemeint war.

Ebenso wählen die Erben an Stelle des Stipulators im Fall der l. 141 pr. D. de V. O. 45, 1:

---

[1]) Irrig meint Pescatore S. 73 Note 4: daß „wirksam legirt nur Stichus oder Pamphilus nach Wahl des Legatars, dagegen: Stichus und Pamphilus nach Wahl des Beschwerten nur in exsolutione sei, ebenso wie in l. 44 § 5 D. de O. et A. 44, 7: Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus". Beide Fälle sind ganz verschieden. Nach dem zu supplirenden Willen des Testators ist Stichus und Pamphilus nach Wahl des Legatars eben in obligatione.

Si stipulatus fuerim: illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est et ideo servo vel filio talis electio cohaeret. in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore (Paulus).

Es war daher nur eine analoge Anwendung dieses Grundsatzes, wenn Justinian bei der optio legata an Stelle des versagenden Legatars dessen Erben, und an Stelle des versagenden Dritten den Legatar selbst zur Wahl berief und unter mehren Legataren oder Erben eines Legatars im Streitfall das Loos entscheiden ließ.[1])

2. Bei disjunctiv-subjectiver Pendenz wurden je nach Bewandtniß der Fälle verschiedene Wege eingeschlagen.

a. Bei dem Legat: Titio aut Sejo, utri heres vellet oder uni ex libertis heres dato tritt bei Verzögerung der Wahl eine Art Correalberechtigung sämmtlicher Destinatäre ein, nach l. 16 D. de leg. 2 (31), l. 17 § 1 D. eod: „omnibus eadem decem“. An Stelle der Wahl durch den Erben tritt hier Occupation.

b. Dagegen wird Theil-Berechtigung gerade wieder beim subjectiv-generellen Vermächtniß statuirt durch l. 21 § 1 D. de statulib. 40, 7: Pactumejus Clemens ajebat: si ita sit fideicommissum relictum, Cui eorum voles, rogo restituas, si nullum elegisset, cui restitueret, omnibus deberi, Imperatorem Antoninum constituisse (Pomponius). l. 24, l. 67 § 7 D. de leg. 2 (31): Rogo restituas libertis meis quibus voles — rogo fundum cum morieris restituas ex libertis, cui voles. Diese Entscheidung ist nicht so willkürlich, wie sie auf den ersten Blick scheint, sondern beruht auf einer ganz richtigen Zerlegung des Willens des Testators: Der Onerirte soll auf alle Fälle den Vermächtnißgegenstand verlieren; nicht, daß, sondern nur wem zu leisten ist, steht in seiner Willkür; nur durch die Wahl Eines werden die Uebrigen ausgeschlossen; fällt durch Nichtvornahme der Wahl die Bevorzugung Eines fort, so sind sämmtliche Destinatäre gleichberechtigt: an Stelle des imperfect gebliebenen Rechts Eines auf das Ganze tritt ein perfectes gleiches Recht für Alle, das entsteht sofort mit dem Zeitpunkt, wo dem Beschwerten eine ungerechtfertigte Zögerung (nisi offerat cui velit et statim offerat sine aliquo scilicet intervallo, l. 24 cit.) beizumessen ist. Dieser Zeitpunkt ist zugleich der dies cedens für alle in ihm noch lebenden Vermächtniß-Destinatäre, so daß zwar nicht die vorher, wohl aber die nachher Verstorbenen ihr Recht auf die Erben übertragen.[2]) Jene Zögerung ist aber nicht etwa als mora[3]) in technischem Sinne zu fassen, da die

---

[1]) l. 3 § 1 C. comm. de leg. 6, 43.

[2]) Mit dieser Maßgabe wird die in l. 24 D. cit. referirte Ansicht des Marcellus gebilligt.

[3]) Ebensowenig kann mit Bernstein, Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. Bd. 4 (Rom. Abth.) 1883, S. 187 von mora accipiendi hier die Rede sein, da keine Verpflichtung zur Annahme vorliegt. Schlägt der Gewählte aus, so wird dadurch zwar nicht die schon mit der Wahl vollzogene Perfection vereitelt, wohl aber das ganze Vermächtniß, wie jedes andere in Folge der Repudiation rückgängig.

Verpflichtung zur Wahl, obschon sie sich mit Bezug auf den letzten Willen versteht, doch keine specifisch obligatorische ist. Einer Annahme der Wahl Seitens des Erwählten bedarf es zur Perfection nicht, da schon die Wahl die Pendenz entscheidet, und zwar genügt bloße einseitige Wahlerklärung.[1])

c. Cumulativ-solidarische Berechtigung. Zweifel bestanden im älteren Recht bei dem electiv-generellen Freiheitsvermächtniß (z. B. ut heres ex his duos, quos vellet, manumitteret l. 46 § 5 D. de fideic. lib. 40, 5). Auf Interpretation des letzten Willens stützt sich schließlich Justinian, wenn er in l. 16 C. de fideic. lib. 7, 4 bei Verzögerung oder Vereitelung der Auswahl allen in Betracht kommenden Sklaven die Freiheit gab und damit die ältern Controverse entschied.[2])

d. Reihenfolge der Ernennung und Loos. Schwierigkeiten machten ferner die Fälle, wo mehren Sklaven gleichzeitig die Freiheit vermacht war (si aliquis testamento plures manumittere voluit, Epit. I, 2 § 2, si plures servos rogatus sit manumittere, l. 24 § 17 D. de fideic. lib. 40, 5), hierbei aber entweder das durch die lex Furia erlaubte Maß überschritten war oder das dem Onerirten Zugewendete nicht ausreichte, um sämmtlichen Sklaven die Freiheit zu verschaffen. Man ließ hier die Reihenfolge, in der die Freilassungen angeordnet waren (ordo scripturae) und eventuell (si ordo non pareat) das Loos entscheiden (l. 24 § 17 D. cit.).

Im Gegensatz zu allen bisherigen Fällen stehen

III. Diejenigen Fälle, in denen disjunctiv mehre Personen als Activ-Subjecte genannt sind, ohne daß irgendwie angeordnet ist oder sonst erhellt, wie unter ihnen die Entscheidung getroffen werden soll (z. B. Ille aut ille mihi heres esto, illi aut illi do lego, dari volo, illum aut illum liberum esse, tutorem esse jubeo). Hier handelt es sich nicht sowohl um ein imperfectes Rechtsverhältniß, als um ein imperfectes Rechtsgeschäft, da noch keine entschiedene Willensrichtung auf einen wie auch immer zu bestimmenden rechtlichen Erfolg vorliegt, der Wille vielmehr noch völlig in der Unentschiedenheit zwischen zwei oder mehren Richtungen befangen, und noch zu keinem Entschluß herangereift ist. Es blieb hier der Jurisprudenz nur die Wahl, derartige Willenserklärungen als völlig unwirksam zu behandeln oder durch mehr oder weniger willkürliche Ergänzungsversuche ihrer Unvollkommenheit abzuhelfen. Unter den verschiedenen im früheren Recht eingeschlagenen Wegen: cumulative, successive oder privative Berufung zu supponiren[3]), hat Justinian durch l. 4

---

[1]) l. 17 § 1 D. de leg. 2 (31): et non constituerit cui daret (Marcellus), l. 22 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5: declarat, quos velit manumittere, l. 25 pr. D. de pec. const. 13, 5 hat hierauf keinen Bezug, sondern spricht von einem constitutum bei einer alternativen Obligation.

[2]) Wo zwei Erben mit der Auswahl beauftragt waren, genügte die Auswahl durch einen derselben, falls der andere abwesend war. Auch konnte bei einem zur Erklärung unfähigen Erben der Entscheid des Prätors genügen. l. 22 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5.

[3]) Bernstein a. a. O. S. 179 bezeichnet diese Lösungsversuche als: Nullitäts-, Cumulations-, Substitutions-, Ademtions-, Occupationstheorien.

C. de V. et R. S. 6, 38 für die erstere entschieden: melius itaque nobis visum est, omni hujusmodi verbositate explosa, conjunctionem Aut pro Et accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit παραδιάζευξις, ut et primam personam inducat et secundam non repellat (531). Für diese Enscheidung konnten nur practische Gründe maßgebend sein, da aus der „Alternativitätstheorie" [1]) sich dafür nicht das Mindeste entnehmen läßt.

Das Gesetz bezieht sich aber, wie die Eingangs angeführten Beispiele zeigen, nur auf alternative Bezeichnung der Aktivsubjecte, vorweg also nicht auf alternative Bezeichnung der Passivsubjecte, also z. B. nicht auf Legate mit der Formel: Ille aut ille heres Sejo centum dato, l. 8 § 1 D. de leg. 1 (30), l. 25 pr. D. de leg. 3 (32).

Es bezieht sich ferner nur auf schlechthin alternative Subjectsbezeichnungen, offenbar also nicht auf solche, wo für die Entscheidung der Alternative bereits Vorsorge getroffen war, z. B. bei dem Legat: Titio aut Sejo, utri heres vellet, dari volo. Von diesem Fall gilt also noch die Entscheidung der l. 16 D. de leg. II (31): si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri. Legate dieser Art wurden, wie bei alternativer Bezeichnung der Passivsubjecte, als Correalobligation behandelt: potest Sejus, ab utro velit, petere l. 25 pr. l. 8 cit. uterque petere potest l. 16 cit.[2]) Die normale Anordnung des passiven Correalvermächtnisses hatte in folgender Weise zu geschehen: Titius heres meus decem Sejo dato, Maevius heres eadem decem Sejo dato, oder abgekürzt, sachlich aber genau gleichgeltend: Titius et Maevius Sejo decem dato. l. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2.

Betreffs der alternativ-dinglichen Vermächtnisse (illam aut illam rem tibi do lego, per fideicommissum relinquo) sollte es nach ausdrücklicher Bestimmung am Schluß der l. 4 C. cit. 6, 38 bei dem früheren Recht bewenden. Sie begründen eine alternative Delation des Rechts, weßhalb dem Vermächtnißnehmer als dem Delaten die Wahl zustehen muß[3]) und, bis diese erfolgt, der Erwerb ausgesetzt bleibt.

C. Alternative Obligation.

§ 41. Begriff.

Die Verwechslung von alternativer Pendenz und alternativer Obligation macht sich schon vorweg bei der Begriffsbestimmung der letzteren bemerklich. Dies gilt vor Allem von der Definition v. Savigny's:

---

[1]) auf welche Bernstein a. a. O. S. 191 hinweist.

[2]) Mit dieser Modification versteht sich also die Bemerkung Fittings, Correalobl. S. 151 A. 179: „eine active Correalobligation kann seit l. 4 C. de V. S. 6, 38 durch alternative Nennung der Bedachten nicht mehr begründet werden".

[3]) § 22 J. de leg. 2, 20, l. 108 § 2 D. de leg. 1 (30), l. 71 eod., l. 20 § 1, l. 34 § 14 D. eod., l. 8 § 1, l. 19, 23 D. de leg. 2 (31), l. 2 § 1, l. 12 D. de opt. leg. 33, 5.

Alternativ nennen wir eine Obligation, welche auf eine von mehreren bestimmten Leistungen gerichtet ist, so daß die Auswahl unter denselben zunächst unbestimmt gelassen ist, welche also durch irgend einen Willen ergänzt werden muß, wenn die Obligation Wirksamkeit erlangen soll.

Dies ist eine Definition gerade des alternativen Pendenzverhältnisses, dessen Wesen darin besteht, daß es auf einen durch Auswahl zu bestimmenden Gegenstand geht und mit der Auswahl und ergänzenden Entscheidung zur Perfektion gelangt, und nur einen — den durch den ergänzenden Willen bestimmten — Gegenstand hat.

Die alternative Obligation ist hingegen ein alternatives (disjunctives) Müssen, ein Schuldverhältniß, das alternativ auf mehr Leistungen gerichtet ist, ein Schuldverhältniß, vermöge dessen „Dieses oder Jenes" zu leisten ist, die eine oder die andere von zwei oder mehren bezeichneten Leistungen zu erfolgen hat.

Mit dieser Definition wird auch nicht der Frage vorgegriffen, ob die alternative Obligation nur eine einzige Obligation oder ein aus mehren Einzelobligationen (Gliedobligationen) zusammengesetztes Schuldverhältniß ist, wogegen jener Frage vorgegriffen werden würde, wenn man die alternative Obligation vorweg als eine auf mehre Leistungen gerichtete Obligation oder als eine Obligation mit alternativem Inhalt bezeichnet.

Die Unterscheidung zwischen alternativer Obligation und alternativem Obligations-Inhalt wird gegenstandslos, sobald man Obligation im indifferenten Sinne, d. i. schlechthin als Verpflichtetsein nimmt, da ein Verpflichtetsein mit alternativem Inhalt sowohl mehre im alternativen Verhältniß zu einander stehende Obligationen als eine einzige Obligation mit alternativem Gegenstand bedeuten kann.

Im gewöhnlichen Sprachgebrauch bedeutet die Alternative die bloß zweigliedrige Disjunction. Es liegt aber keine Veranlassung vor, in Rücksicht auf die Möglichkeit einer mehrgliedrigen Disjunction den hergebrachten Begriff der alternativen Obligation mit dem der disjunctiven Obligation zu vertauschen, da erstere den Grundfall bildet und ihre Analogie sich für die erweiterten Fälle von selbst versteht. Daß der Begriff der alternativen Obligation die Vorstellung in sich schließe, daß bei disjunctiven Verpflichtungen „nur zwei Objecte" vorkommen dürften, ist nicht erfindlich.

Wenn man aber auch an der üblichen Terminologie festhalten will, so ist doch nicht außer Acht zu lassen, daß Disjunction das Grundwesen der alternativen Obligation bildet. Dieses disjunctive Moment ist nunmehr näher zu erörtern und wird alsdann zu bestimmen sein, inwiefern die Wahl ein Begriffsmoment der alternativen Obligation ist oder nicht.

a. Die alternative Obligation ist eine Form der disjunctiven Rechtsnothwendigkeit.

1. Die Disjunction beruht auf der Erfassung der Dinge und Erscheinungen in ihrer Verschiedenheit und Gegensätzlichkeit; es ist das Product des theilenden, trennenden, vergleichenden Verstandes. Die Logik kennt drei

Formen der Disjunction: den subconträren, conträren und contradictorischen Gegensatz. In den römischen Rechtsquellen[1]) begegnet eine Zweitheilung der Disjunction, wahrscheinlich stoischen Ursprungs, in welcher Subdisjunction und Disjunction unterschieden und unter ersterer der subconträre und conträre Gegensatz zusammengefaßt, unter letzterer aber als eigentliche Disjunction der contradictorische Gegensatz verstanden wird.

Ein subconträrer Gegensatz ist vorhanden, wenn zwei Dinge ein Drittes, nicht aber einander ausschließen (omne animal aut facit aut patitur. nullum est enim, quod nec faciat nec patiatur: at potest simul et facere et pati). Ein conträrer Gegensatz ist es hingegen, wenn zwei Dinge einander, aber nicht ein Drittes ausschließen (aut sedet aut ambulat, nam ut nemo potest utrumque simul facere, ita aliquis potest neutrum, veluti is, qui accumbit). Ein contradictorischer Gegensatz endlich ist es, wenn zwei Dinge sowohl einander als auch ein Drittes ausschließen (aut dies aut nox).

Bei diesen Gegensätzen handelt es sich nicht um bloße Formen und Mittel des Erkennens, sondern um objective reale Verhältnisse. Die Disjunction bringt die an den Dingen und Erscheinungen auf dem Gebiet des Substantiellen wie des Causalen sich darbietenden Verschiedenheiten und Gegensätze zum Ausdruck. Sie wird gewonnen aus der Betrachtung der verschiedenen unter einen gemeinsamen Begriff oder Beziehungspunkt fallenden Gegenstände und Vorgänge. Das nächste Resultat dieser Betrachtung ist die Erfahrung: Es giebt Solches und Solches. Bei Fortsetzung der Beobachtung und Wahrnehmung im weitesten Umfange ergiebt sich alsdann das Resultat: Es giebt nur Solches und Solches. Aus diesem Satze läßt sich dann leicht der Schluß ziehen: wenn Dieses ist, so ist nicht Dieses (Posito altero tollitur alterum) oder: wenn nicht Dieses ist, so ist Dieses (sublato altero ponitur alterum). Hat die Beobachtung ferner ergeben, daß es außer dem Einen und Anderen noch ein Drittes giebt, so ist zwar mit der Position des Einen die Negation der Uebrigen, nicht aber umgekehrt mit der Negation des Einen die Position eines der Anderen gegeben. Diese Schlüsse aus der Disjunction machen aber nicht das Wesen der letzteren aus. Es ist daher nicht genau, wenn man das Wesen des disjunctiven Urtheils darin finden will, daß „seine Glieder sich ausschließen"[2]) oder daß es „die Unvereinbarkeit zweier Begriffssphären"[3]) ausdrückt. Viel-

---

[1]) l. 124 D. de V. S. 50, 16 (Proculus): Haec verba: ille aut ille non solum disjunctivae sed etiam subdisjunctivae orationis sunt. Disjunctivum est, veluti quum dicimus: aut dies aut nox est (altes stoisches Schulbeispiel: Diog. Laertes VII, 71, 72, Sext. Empir. adv. log. II sect. 109, 311, Pyrrhon. hypot. II c. 12), quorum posito altero necesse est tolli alterum, item sublato altero poni alterum. Ita simili figuratione verbum potest esse subdisjunctivum. Subdisjunctivi autem genera sunt duo ... cfr. Gellius, N. A. 16 c. 8.

[2]) Sigwart, Logik I, 2. Abschn. 3 § 58 S. 416 flgd.: „das disjunctive Urtheil sagt ja nur einmal, daß seine Glieder sich ausschließen".

[3]) Schopenhauer, Welt und Wille I S. 542 (5. A.).

mehr bedeutet es an sich nur die Aufzeigung der unter einem gewissen Gesichts- und Beziehungspunkt sich darbietenden Gegensätze und Verschiedenheiten.

Erst mit Hülfe des Satzes vom Widerspruch und vom ausgeschlossenen Dritten kommt man zur Ausschließung und Unvereinbarkeit der beiden Glieder. Es ist deßhalb das disjunctive Urtheil nicht auf ein hypothetisches zurückzuführen, vielmehr ist es eine selbständige, auf unmittelbarer Anschauung und Beobachtung beruhende, dem kategorischen und hypothetischen Urtheil durchaus coordinirte Denkform. Dies ist die herkömmliche Auffassung und zugleich diejenige, von welcher, wie weiterhin dargethan werden wird, die römischen Juristen beim Begriff der alternativen Obligation bestimmt wurden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen — und dies ist für die Würdigung der Bedingungstheorien von Erheblichkeit — daß ältere Logiker das disjunctive Urtheil nur als eine Anwendung des hypothetischen Urtheils faßten[1]) und die Unterscheidung beider als coordinirte Arten des Urtheils erst späteren Ursprungs ist.[2]) In neuerer Zeit hat besonders Kant[3]) die selbständige Bedeutung des disjunctiven Urtheils geltend gemacht und darunter die Kategorien: Gemeinschaft und Wechselwirkung subsumirt. Diese Subsumtion ist m. E. trotz aller dagegen erhobenen Einwürfe[4]) im Großen und Ganzen für richtig zu halten. Insbesondere scheinen sich mir die Einwürfe gegen die Subsumtion der Wechselwirkung von selbst zu erledigen, wenn man die Wechselwirkung — wie dies offenbar dem Sinne Kant's gemäß ist, da er „Gemeinschaft und Wechselwirkung" als Gegensatz zu „Causalität und Dependenz" denkt — nicht im Sinne der wirkenden Ursache (causa efficiens), d. i. nicht als ein actuelles gegenseitiges Gesetztsein des Einen durch das Andere, wobei Jedes actuell Grund und Begründetes des Anderen zugleich wäre, sondern im Sinne der Modalität versteht, d. i. als Unmöglichkeit der Coexistenz oder Coincidenz zweier Dinge, so daß Jedes die Kraft hat, das Andere auszuschließen, und hinwieder das Eine dadurch, daß es cessirt, das Andere möglich macht, also nur potentiell Beides sich gegenseitig begründet und ausschließt.

Unvollständig ist aber Kant's Subsumtion insofern, als er die Beziehung der Disjunction auf die Kategorie der Nothwendigkeit und das daraus resultirende reale Verhältniß: daß man genöthigt ist, von zwei Fällen

---

[1]) Z. B. Boethius de syllog. hypoth. p. 608 ed. Obbarius: fiunt vero propositiones hypotheticae etiam per disjunctionem ita: aut hoc est aut illud est; — omnis igitur hypothetica propositio vel per connexionem ... vel per disjunctionem.

[2]) S. hierüber: Ueberweg, Logik § 123 S. 411, vgl. § 68 S. 200 (5. A.).

[3]) Kritik der r. Vern. § 9—11, Prolegomena zu e. j. k. Metaphysik § 21, Logik § 23.

[4]) Z. B. von Ueberweg, Logik § 68 S. 200: „die Zurückführung der Disjunction auf die reale Wechselwirkung ist ein Fehlgriff", ferner v. Schopenhauer, Welt als Wille und Vorstellung I S. 544 flgd. (5. A.).

einen zu wählen, d. i. die Alternative und das Dilemma unberücksichtigt läßt.

Die reale Alternative wird in der Logik und Metaphysik fast garnicht und das Dilemma nur als Schlußfigur in Betracht gezogen, ohne Rücksicht auf die ihm entsprechende reale Kategorie und ohne Hervorhebung, daß es sich dabei um die Anwendung der Disjunction auf die modale Kategorie der Nothwendigkeit handelt.[1])

Die reale Alternative ist Combination von Nothwendigkeit und Möglichkeit: Nothwendigkeit insofern, als von zwei Dingen Eins geschehen muß, Möglichkeit insofern, als die Wahl zwischen beiden freisteht. Die Kategorien: Gemeinschaft, Alternative und Wechselwirkung sind werthvoll für die Rechtstheorie. Es entsprechen ihnen beispielsweise die Institute: Correal- und Solidar-, alternative und gegenseitige Obligation.

2. Der disjunctive Rechtswille.

Für das Recht erlangt die Disjunction Bedeutung gerade in ihrer Anwendung auf die modalen Kategorien: Möglichkeit und Nothwendigkeit. Die Möglichkeit auf rechtlichem Gebiet ist das rechtlich Erlaubte, die Gewährung rechtlichen Könnens, die Ertheilung von Befugnissen. Die Nothwendigkeit auf rechtlichem Gebiet ist das Gebotene, Verbotene, die Pflicht in ihrer weitesten Ausdehnung. Die Negation der rechtlichen Möglichkeit ist die Entziehung von Befugnissen, rechtlich gewährten oder gewährleisteten Gütern, woraus der Begriff der Strafe resultirt. Die Negation der rechtlichen Nothwendigkeit ist die Aufhebung der rechtlichen Beschränkungen der Willkür und Wiederherstellung des ursprünglichen Freiheitszustandes. Dieser letztere ist an sich rein faktischer Natur und hat nicht nothwendig den Charakter einer rechtlichen Gewährung, erhält diesen vielmehr erst durch den Hinzutritt einer besonderen gewährenden oder gewährleistenden Rechtsvorschrift.

3. Die disjunctive Befugniß (Gewährung).

Die Disjunction der rechtlichen Möglichkeit begrenzt den Umfang des rechtlich Erlaubten und der rechtlichen Gewährungen und zwar sowohl nach außen als nach innen: nach außen dahin, daß alles in den Gliedern der Disjunction nicht Enthaltene nicht erlaubt und nicht gewährleistet wird, nach innen entweder so, daß die erlaubten und gewährten Dinge unter Ausschluß eines Dritten nebeneinander bestehen können und also Coexistenz und Coincidenz Platz greifen (Form des subconträren Gegensatzes) oder so, daß die erlaubten und gewährten Dinge einander ausschließen (conträrer Gegensatz).

So hat z. B. die Vorschrift, daß eine Servitut entweder in einem pati oder non facere bestehen könne, den Sinn, daß ein Drittes: das facere als Inhalt der Servituten unzulässig ist, nicht aber den Sinn, daß nicht eine

---

[1]) Vgl. z. B. Ueberweg, Logik § 123 S. 410. Lotze, Logik I S. 96 flgd. (2. A.).

Combination von pati und non facere als Inhalt einer und derselben Servitut statthaft wäre, wie z. B. die servitus tigni immittendi neben dem pati auch ein non facere in sich schließt, nämlich insofern als die dienende Mauer nicht beliebig beseitigt werden darf (cfr. l. 8 D. de S. P. 8, 2).

Ebenso ist Coincidenz zweier Obligationsgründe statthaft: Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque ... l. 52 D. de O. et A. 44, 7 (Modestinus). Nicht minder die Combination von Contracts- und Deliktsobligation, z. B. bei einem innerhalb eines Contractsverhältnisses begangenen Delikt.

In einem ausschließenden Verhältniß dagegen stehen die zulässigen modi oder Arten des Erlaubten bei der Erbfolge, indem nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest und die Intestaterbfolge durch die testamentarische Erbfolge ausgeschlossen wird. Ebenso schließt bei dem alternativen Vindicationslegat die Annahme des einen Gegenstandes das Recht bezüglich des anderen Gegenstandes aus.

4. Die disjunctive Rechtsnothwendigkeit geht aus dem disjunctiven objectiven oder subjectiven Rechtswillen hervor: dem Gebot, Verbot, Contract, Quasicontract mit alternativem Inhalt.

Wenn Wille geistige Bewegung auf einen gewissen Erfolg ist, die mit Erreichung des Erfolges zum Stillstand kommt, so muß dem alternativen Willen mit der Erreichung des einen oder anderen bezweckten Erfolges genügt und das ganze darauf gespannte Rechtsverhältniß erledigt sein.

Nach den obigen Erörterungen über das Wesen der Disjunction überhaupt können die Glieder der alternativen Obligationen zu einander nicht in einem Bedingungs- oder sonstigen Dependenzverhältniß, sondern nur in dem Verhältniß gegenseitiger Ausschließlichkeit nach ihrer Wirkung stehen. Hieraus folgt, daß wenn die alternative Berechtigung in dem einen Gegenstande verwirklicht ist, für eine Berechtigung bezüglich des anderen Gegenstandes kein Raum mehr bleibt. Was von der effectiven Leistung des einen Objects, muß auch von der Annahme an Zahlungsstatt, Acceptilation, Novation und Litiscontestation gelten, da sie wahre Dispositions- und Realisirungsacte, Analoga der solutio sind. Erlischt die alternative Obligation in ihrer Totalität mit der Leistung des einen Objects, so muß sie auch erlöschen mit Vorgängen, welche hinsichtlich des Realisirungseffekts der effectiven Leistung gleichkommen. Es widerstreitet dem Wesen der alternativen Berechtigung, daß sie in ihren beiden Gliedern zur Realisirung kommen soll.

b. Das Moment der Wahl.

Vielfach[1]) wird noch das Moment der Wahl in den Begriff der alternativen Obligation aufgenommen, sei es im Sinne eines der Obligation durch Hebung der in ihr liegenden Unbestimmtheit zur Wirksamkeit verhelfenden Moments[2]), sei es im Sinne einer dem Schuldner oder Gläubiger

---

[1]) Unterholzner I S. 203 § 99 I. Savigny, S. 389.

[2]) Arndts § 203. Hasenöhrl I S. 182.

zustehenden Befugniß in Bezug auf die Erfüllung und Geltendmachung der Obligation.

Von anderer Seite wird zwar die Wahl nicht als wesentliches Moment, doch aber immerhin als eine, wenn auch nicht nothwendige, so doch mögliche Consequenz aus dem Wesen der Verpflichtung aufgefaßt und hierauf das sog. Wahlrecht des Schuldners zurückgeführt, während das sog. Wahlrecht des Gläubigers „lediglich Consequenz der eigenthümlichen Gestaltung des Rechtsverhältnisses" sein soll.[1]) Nach einer dritten Ansicht liegt endlich in der Alternative „die Möglichkeit, ja Nothwendigkeit einer Wahl bereits als logische Folge begründet".[2])

Diesen Ansichten gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Alternative, obwohl der künftigen Entscheidung bedürfend und solche erharrend, doch an sich nicht das Mindeste zur Herbeiführung oder gar für die Art derselben enthält, sondern an und für sich nur das unentschiedene Soll, lediglich das Entweder — Oder ist, das möglicherweise auch immer unentschieden bleibt.[3]) Zur Entscheidung bedarf es daher eines neuen selbständigen Motors.

Das sog. Wahlrecht des Schuldners oder richtiger gesagt, die Freiheit des Schuldners in der Wahl zwischen den beiden Leistungen folgt daher auch nicht aus dem Wesen der Alternativität an sich, sondern aus dem auf ein Alternativum gerichteten Verpflichtetsein. Denn wenn die Obligation einen vermögensrechtlichen Effekt mittelst des Willens des Schuldners herbeizuführen sucht, und also Bethätigung des Willens und einen Entschluß des Schuldners erfordert, so bedeutet die alternative Verpflichtung, daß der Schuldner sich zu dem Einen oder Andern bestimme, und ist damit von selbst die Entscheidung der Alternative dem Schuldner überlassen. Durch die schlechthin alternative Verpflichtung wird die Willkür des Schuldners nur mit der Maßgabe beschränkt, daß ihm die Freiheit innerhalb der durch die Alternative gezogenen Grenzen bleibt. Dies ist somit begriffliche, nothwendige Folge aus der Natur des Verpflichtetseins, nicht aus dem Wesen der Alternative an sich. Es ist daher auch unrichtig, hierbei noch auf einen außerhalb der Natur der Verpflichtung liegenden Grund zurückzugehen[4]), wie z. B. auf eine principielle Bevorzugung des Schuldners, die sich auch daran zeigen soll, daß im Zweifel die dem Schuldner günstigere Interpretation gelten soll, oder gar auf den übrigens ganz irrelevanten Umstand, „daß das eigentliche Wesen der Obligation in der Thätigkeit des Schuldners besteht"[5]) im Gegensatz zu der actio als der Thätigkeit des

---

[1]) Pescatore S. 151, 152, 156, 237, 238 verwechselt Grund und Folge, wenn er das Wahlrecht bei der „Obl. mit alternativ bestimmten Inhalt" daraus, daß „von mehren Leistungen jede ebensowohl wie die andere geeignet ist, die Obligation zu erfüllen" und bei „dem alternativen Nebeneinanderstehen mehrer Forderungsrechte" eben aus der electiven Concurrenz ableitet, da dies Alles erst durch das Wahlrecht möglich wird!

[2]) Nanne S. 22.

[3]) Vgl. Lotze, Logik I S. 100 (2. A.).

[4]) So z. B. Nanne S. 23.

[5]) So v. Savigny S. 391.

Gläubigers. Dies gilt wie von der Vertragsobligation, so an sich auch von der Vermächtnißobligation, ohne daß man bei letzterer noch nöthig hätte, sich auf den präsumtiven Willen des Testators zu berufen. Die alternative Obligation bedeutet also, daß der Schuldner auf Instanz des Gläubigers sich zu der einen oder anderen Leistung bequemen muß und der Gläubiger die Macht hat, jedenfalls eine der beiden Leistungen willkürlich hervorzurufen; die Wahl aber ist dem Schuldner „gelassen".

Das Wahlrecht des Gläubigers bedarf dagegen besonderer Festsetzung und verlangt eine weitere Beschränkung des Schuldners, nämlich die Aufhebung seiner Wahl in Betreff der Leistungsobjecte. Die Wahl ist hier also, wie Brinz mit Recht hervorhebt, Etwas dem Gläubiger Gegebenes, sich nicht von selbst Verstehendes, und keineswegs aus der Alternativobligation an sich Folgendes. Die Uebertragung der Wahl auf den Gläubiger berührt jedoch nicht das Wesen der alternativen Obligation, sondern bedeutet nur eine Modification der letzteren. Immerhin aber ist das Wahlrecht, mag es sich von selbst verstehen, wie für den Schuldner bei der schlechthin alternativen Verpflichtung, oder mag es auf besonderer Festsetzung beruhen, wie wenn es dem Gläubiger zusteht, ein inhärentes Moment der alternativen Obligation. Im ersteren Fall ist es stillschweigend inhärirendes Moment (tacite inest l. 2 § 3 D. de eo q. cert. loc. 13, 4, causa voluntatis, quae inest l. 138 § 1 D. de V. O. 45, 1), im letzteren Falle ausdrücklich hinzugefügt. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß, falls die Ertheilung der Wahl an den Gläubiger in dem Sinne geschieht, daß durch seine Erklärung aus den ihm zur Auswahl gestellten Gegenständen das eigentliche Schuldobject erst fixirt werden und nur auf dieses allein die Obligation gerichtet sein soll, nicht eine alternative Obligation, sondern nur alternative Delation, also ein Pendenzverhältniß vorliegen würde.

§ 42. Praktische Bedeutung der Alternative.

Der praktische Zweck der alternativen Obligation hat bisher nur geringe Beachtung gefunden; die wenigen darüber geäußerten Ansichten sind unbefriedigend. Wenn man von einem „Ersatzzweck", „gegenseitiger Ersetzbarkeit" und einem „Versicherungscharakter" der alternativen Obligation spricht oder als Zweck „die Verschiebung des periculum"[1]), die Sicherung des Forderungsrechts gegen zerstörende äußere Einwirkungen, hauptsächlich den

---

[1]) Bernstein S. 8—10. Die „gegenseitige Ersetzbarkeit" würde durchweg Gleichartigkeit der Gegenstände voraussetzen. Ebensowenig wie diese kann principiell Gleichwerthigkeit beider Gegenstände gefordert werden, obschon factisch eine annähernde Gleichwerthigkeit vorkommen wird, weil, wenn der eine Gegenstand einen unverhältnißmäßig höheren Werth als der andere hat, die Wahl wohl stets auf den ersteren fallen wird, und die Alternative ein magis derisorium wäre, cfr. l. 1 D. de reb. dub. 34, 5, l. 5 § 2 in J. D. qui et a quib. 40, 9. Aus l. 109 § 1 D. de leg. I° (fundus aut centum) geht übrigens nicht hervor, daß der fundus gerade nur centum werth. Vgl. l. 55 D. 9, 2!

casus[1]) bezeichnet, so wird damit dem einen Gliede der Alternative eine eventuelle subsidiäre Bedeutung gegeben, während offenbar beide Glieder gleichmäßig principale Bedeutung haben, und überhaupt die alternative Obligation nicht nach ihrem normalen Zustande, wo sie in ihren beiden Gliedern besteht, sondern nur nach einem der bei ihr möglichen zufälligen Ausgänge beurtheilt, während für den praktischen Zweck eines Instituts doch nur seine normale Function in Betracht kommen kann. Ebensowenig ist es die wesentliche Function, sondern nur eine Folgewirkung[2]), wenn bei alternativer Verpflichtung die Lage des Schuldners insofern eine schwerere, als er nicht, wie bei der Verpflichtung auf einen einzigen Gegenstand, schon durch casuellen Untergang des einen Gegenstands befreit wird. Der praktische Nutzen der Alternative überhaupt liegt vielmehr darin, daß sie die Möglichkeit der Auswahl gewährt und unter den verschiedenen gegebenen Eventualitäten die Entscheidung im Sinne des sich herausstellenden ausschlaggebenden Interesse zu treffen gestattet.

Die Offenhaltung der Alternative wird daher wünschenswerth sein bei einem Interessengebiet, welches sich nach der künftigen Gestaltung der Umstände und einer gewissen Entwickelung individueller, besonderer oder allgemeiner Verhältnisse bestimmt. Die Eingehung eines alternativen Rechtsgeschäfts hat nur Sinn, wenn sich nicht im Voraus übersehen läßt, in welcher der beiden in Betracht kommenden Richtungen das Interesse des einen oder anderen Theils liegen wird. Insbesondere ist bei letztwilligen Verfügungen, da sie ihrer Natur nach auf eine mehr oder weniger entfernte Zukunft berechnet sind, die Alternative das willkommene Mittel, die definitive Entscheidung nach dem Sinne des Testators und der künftigen Gestaltung der Verhältnisse vorzubehalten. Ebenso tritt die Alternative in den Dienst der Spekulation (Prämien- und Stellgeschäfte).

§ 43. Construction.

Für die Construction des alternativen Schuldverhältnisses kommt es auf folgende Punkte an:

1. Ist dasselbe ein perfectes Rechtsverhältniß?
2. Stellt es eine einzige Obligation dar oder ist es aus zwei oder mehren Einzelobligationen zusammengesetzt?
3. Von welcher Beschaffenheit ist die Relation ihrer Glieder bezw. der Gliedobligationen untereinander?
4. Unter welchen juristischen Begriff fällt dieses Verhältniß?
5. In welcher Weise wird es wirksam?

---

[1]) Nanne S. 20.

[2]) Es kann somit nicht hierin, wie Nanne S. 19 glaubt, der Zweck des Instituts liegen. In l. 34 D. de fidej. 46, 1 wird die Folgewirkung in Betracht gezogen.

1. Das alternative Schuldverhältniß ist ein perfectes Rechtsverhältniß.

Dies zeigt schon seine ganze äußere Erscheinung. Der Gläubiger hat ohne Weiteres ein wirkliches, sofort realisirbares Recht, gleichviel ob ihm oder dem Schuldner die Wahl zusteht. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß in der Klage des wahlberechtigten Gläubigers, oder in der Erfüllungsleistung des wahlberechtigten Schuldners ein das Forderungsrecht perficirendes Moment zu finden sei, vielmehr erscheint vorweg die Klage als Geltendmachung, die Leistung des Schuldners als Erfüllung eines bereits existenten und in jeder Beziehung perfecten Rechts.

Zu einem perfecten Forderungsrecht gehört nur, daß der Gläubiger eine Leistung verlangen darf, und ein solches Recht giebt ihm die alternative Obligation, denn er kann schlechterdings verlangen, daß der Schuldner Eins von Beiden leiste. Der Umstand, daß zwischen zwei Leistungsobjecten die Wahl zusteht, betrifft nicht die Perfection, sondern lediglich die Art und Weise des Verpflichtetseins. Recht und Pflicht, in ihrer Totalität betrachtet, haben einen alternativen Inhalt. Durchschlagend ist ferner, daß Klage und Leistung nach der Auffassung der Quellen das Schuldverhältniß nicht zur Perfection, sondern zur Erlöschung bringen (alterius solutio totam obligationem interemit l. 44 § 3 D. de act. et obl. 44, 7, l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14, l. 17 D. de accept. 46, 4), wobei also das Schuldverhältniß als ein vorweg perfectes vorausgesetzt wird.

Damit ist allen Bedingungs- und Pendenztheorien für die alternative Obligation der Boden entzogen.

Was von den alternativen Obligationen, gilt in gleicher Weise auch von den sog. beschränkt- (gemischt-) generischen Obligationen, da diese ebenfalls auf eine Disjunction hinauslaufen, indem aus der Reihe der durch die generelle Bezeichnung (z. B. unum ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes?) zusammengefaßten Gegenstände der eine oder andere geleistet werden soll, und es nur ein rein äußerlicher Unterschied ist, ob die Glieder der Disjunction ausdrücklich nebeneinander aufgeführt oder generell (durch einen Collectivbegriff) bezeichnet sind.[1])

Nach dem Obigen dürfte es kaum noch erforderlich erscheinen, die verschiedenen Pendenztheorien einer besonderen Widerlegung[2]) zu würdigen.

---

[1]) Hierauf beruht die durchaus zutreffende Argumentation Papinians in l. 66 § 3 D. de leg. 2 (31) gegenüber Marcellus in l. 72 § 4, l. 67 D. de solut. 46, 3.

[2]) Die Bedingungstheorien und zwar sowohl die Annahme einer suspensiven als die einer resolutiven Bedingtheit widerlegen sich schon dadurch, daß die danach zustehende Klage nicht alternativ auf beide Gegenstände, sondern immer nur auf einen Gegenstand zu richten wäre, nämlich denjenigen, bezüglich dessen die Suspensivbedingung: si alterum non dederit, eingetreten ist bezw. die Resolutivbedingung: si alterum dederit deficirt. Das Wahlrecht des Schuldners würde sich darauf reduciren, daß er den Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung durch rechtzeitige Leistung des einen Gegenstandes abwenden kann. l. 44 § 5 D. de obl. et act. 44, 7, l. 115 § 2 D. de v. obl. 45, 1. Andere Gründe gegen die

Nur mag hier auf den Mißbrauch hingewiesen werden, der von den Pendenztheoretikern mit dem Wahlbegriff getrieben wird. Obwohl sie die „Wahl", die „Auswahl" als das principiell Entscheidende hinstellen und consequent also ihnen schon die bloße Wahlerklärung genügen müßte, sprechen sie der letzteren (von wenigen besonderen Fällen abgesehen, wo „nach den Umständen und dem besonderen Inhalt des Vertrages" schon die „einfache wörtliche Erklärung hinreicht", Fitting S. 168, d. i. von den Fällen alternativer Pendenz) jede praktische Bedeutung ab, erfordern vielmehr eine „Verwirklichung des Wahlrechts in und mit der Leistung", und betrachten die Erfüllung und alle sonstigen Realisirungsacte als der „Wahl gleichwerthige Thatsachen". Die Charakterisirung dieser Thatsachen als besondere, in den einzelnen Fällen erforderliche Manifestationen der Wahl erscheint sonach völlig müßig und dient nur zur Verhüllung der Schwächen jener Theorien. Denn betrachtet man die Leistung als das, was sie ist, als Erfüllung und Realisirungsmodus, so führen jene Theorien zu dem widersinnigen Resultat, daß die alternative Obligation erst, nachdem sie vollständig erfüllt ist, ihren Gegenstand erhält, also erst nach ihrer vollständigen Erfüllung und Erlöschung zur Perfection gelangt! Der schließlichen Abwickelung des Schuldverhältnisses kann aber auch nicht deklarative Bedeutung dahin zugeschrieben werden, daß die Obligation ausschließlich auf das geleistete bezw. gewählte Object gerichtet gewesen sei, da die Leistung bezw. Wahl des einen Objects nicht ausschließt, daß auch das andere Gegenstand der Obligation gewesen und nur dadurch, daß jenes geleistet bezw. gewählt worden, aus dem Obligationsnexus ausgeschieden ist. Was sich an Pendenz bei der alternativen Obligation findet, bezieht sich lediglich darauf, welchen der beiden Gegenstände der Gläubiger fordern, der Schuldner leisten wird, also lediglich auf die Ausübung und Realisirung, nicht auf Perfection, Existenz und Bestand. Die Pendenz bezüglich des Objects der Erfüllung ist aber noch keine Pendenz bezüglich des Objects der Verpflichtung und Obligation selbst. Ebenso ist bei den generischen und ähnlichen Obligationen der effectiv geleistete Gegenstand nicht Schuldobject, sondern Erfüllungsobject, indem nur ein Stück der betreffenden Gattung, eine Quantität, eine Summe geschuldet ist, nicht das speciell vom Schuldner ausgewählte oder gelieferte Stück, nicht das verabfolgte concrete Quantum.

Die Ungewißheit darüber, welches Object verlangt oder geleistet werden wird, ist rein factischer Natur und ohne Bedeutung für das Wesen des Schuldverhältnisses selbst, ebenso wie die Frage: welches von mehren verpflichteten Subjecten (z. B. Hauptschuldner und Bürge) der Gläubiger in Anspruch nehmen oder welche von mehren concurrirenden Klagen (z. B. act. legis Aquiliae oder Contractsklage) geltend gemacht werden oder ob eine Obligation durch Zahlung, Novation oder sonst getilgt werden wird.

Bedingungstheorie bei Windscheid, Pand. II § 255 Anm. 3. Pescatore S. 16 flgd., dessen Einwendung gegen die Resolutivbedingung S. 22 zu Note 21 jedoch nicht unbedingt zutrifft.

2. Die alternative Obligation ist nicht eine einzige Obligation, sondern besteht aus zwei Gliedobligationen.

Wie Subject und Causa ist auch das Object Individualitätsmerkmal der Obligation. Mit der Mehrheit von Objecten, Leistungen ist daher nothwendig eine Mehrheit von Obligationen gegeben: tot stipulationes, quot summae, quot res. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Satz nur bei copulativ und nicht auch bei disjunctiv geschuldeten Gegenständen gelten soll. Mit Unrecht hat man sich zur gegentheiligen Auffassung durch einige Quellenaussprüche bestimmen lassen, in denen das alternative Vermächtniß als ein unum legatum bezeichnet wird. So zunächst durch l. 25 pr. D. quando dies (36, 2): Cum illud aut illud legetur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa plura legata non facit nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum vel alterum sub conditione legaverit: nam pendente conditione non erit electio nec, si moriatur, ad heredem transisse legatum videbitur (Papinianus).

Nach ihrem Zusammenhange will diese Stelle nur besagen: daß das Vermächtniß seinem Inhalt nach ein einheitliches, in beiden Gliedern untrennbares, in sich zusammenhängendes Ganze bildet, mithin auch der Anfall desselben nicht für jedes Glied besonders, sondern nur einheitlich für beide, für das eine nicht eher als für das andere, geschehen kann, es also nur einen dies cedens für das ganze Recht des Vermächtnisses giebt, indem nur in dieser Weise von einem Erwerb des Vermächtnisses als eines alternativen die Rede sein kann, woraus weiter folgt: daß das eine Glied nicht willkürlich aus dem alternativen Zusammenhange gerissen und nicht als ein schlechthin einfaches Vermächtniß behandelt werden kann. Gleichgültig hierbei ist, ob der Erbe oder der Vermächtnißnehmer die Wahl hat, da es sich lediglich um eine Consequenz aus dem Wesen der alternativen Vermächtnisse handelt, die denn auch für beide Fälle gleichmäßig anerkannt wird: für den letzteren Fall (Wahl des Vermächtnißnehmers) in der l. 25 pr. cit.: .... pendente condicione non erit electio, nec, si moriatur, ad heredem transisse legatum videbitur, für den ersteren Fall (Wahl des Erben) in l. 21 D. de usu et usufr. 33, 2: Titio ususfructus Stichi aut, si navis ex Asia venerit, decem legata sunt, non petet usumfructum antequam conditio [de] decem existat vel deficiat, ne potestas heredi utrum velit dandi auferatur (Paulus).

Versteht sich sonach jene Einheit des alternativen Vermächtnisses nur von der Einheitlichkeit bezüglich des Zeitpunktes des Anfalls (dies cedens), so folgt daraus noch Nichts über die Natur des hinsichtlich der beiden Glieder obwaltenden Rechtsverhältnisses: ob es dinglichen oder obligatorischen Charakters, ob es nur eine oder mehre Berechtigungen darstellt. Die Einheit des Vermächtnisses in jenem Sinne ist sehr wohl vereinbar mit der Zweiheit der Berechtigung und der Obligation. Wie wenig die Bezeichnung unum legatum für die Einheit der Obligation beweist, zeigt die

zweite Stelle, auf welche man sich für die Einheitstheorie berufen hat, l. 27 D. de leg. II (31): Si illud aut illud legatum sit, unum legatum est. si sub contrariis conditionibus aliud atque aliud legatum est, unum legatum esse arbitramur, neque refert, et heredum et eorum, quibus legatum est, diversas personas esse, veluti si ita legatum est: Si Nerva consul factus erit, Titius heres Attio fundum, si non erit Nerva consul factus, Sejus heres Maevio centum dato (Celsus). Bei der Verschiedenheit nicht nur der Objecte, sondern auch der Aktiv- und Passivsubjecte liegt hier unleugbar eine Mehrheit selbständiger Obligationen vor. Die fragliche Einheit des Vermächtnisses kann sich daher nur auf den Zusammenhang beziehen, in welchen die mehren Obligationen durch ihre entgegengesetzten Bedingungen mit einander gebracht sind, und der bewirkt, daß von beiden nur eine existent werden kann, indem der Eintritt der Bedingung für die eine die Deficienz der Bedingung für die andere bedeutet und trotz der Mehrheit der Subjecte, Objecte und Vermächtnißverfügungen doch materiell daraus nur ein Vermächtniß, d. i. eine delibatio hereditatis resultirt. Die Einheit wird somit hier auf den materiellen Effect des alternativen Vermächtnisses bezogen.

Ebensowenig wie die Bezeichnung: unum legatum gegen, beweist die Bezeichnung: duo legata für die Mehrheit der Obligationen, l. 8 § 1 D. de leg. 2 (31): Si ita legetur: Sempronio decem aut, si noluerit, hominem Stichum lego, hoc casu duo legata sunt, sed unico contentus esse debet (Paulus). Denn trotz der Disjunctivpartikel ist das zweite Vermächtniß nicht sowohl ein alternatives, als vielmehr ein eventuelles für den Fall, daß der Legatar das erstere ausschlagen sollte („si noluerit"), so daß dieses als das principale und als ein schlechthin einfaches Vermächtniß erscheint.

Aehnlich erklärt sich l. 34 § 14 D. de leg. 1 (30): Si ita Titio legetur: fundum Sejanum vel usumfructum ejus sibi habeto, duo esse legata (Ulpianus). Der Gegenstand des zweiten Vermächtnisses: Nießbrauch, ist bereits in dem Gegenstande des ersten: Eigenthum des fundus, enthalten, so daß nach der Absicht des Testators der Nießbrauch auf alle Fälle vermacht ist und zwar zunächst mit, eventuell ohne Proprietät, daher denn auch der Erwerb des ersten Gegenstands nicht ausgesetzt werden braucht bis zum Eintritt der Erwerbsmöglichkeit des zweiten Gegenstands, vielmehr das erste Vermächtniß als principales und das zweite nur als eventuelles: für den Fall des Ausschlagens des ersteren geltendes anzusehen ist. Die Intention des Testators war offenbar die: dem Legatar das volle Eigenthum, jedenfalls aber, wie dies die Partikel vel ausdrückt, den Nießbrauch zuzuwenden, falls ihm der Erwerb des Eigenthums nicht wünschenswerth sein sollte.

Daß in der That eine wirkliche Zweiheit bei der alternativen Obligation vorwaltet, beweist insbesondere auch die Wirkung von culpa und casus, die gerade nur für die Verpflichtung bezüglich des einen betroffenen Gegenstandes, nicht aber auch bezüglich des anderen Gegenstandes Platz greift. Man muß also für jeden Gegenstand eine besondere obligatorische Beziehung,

d. i. eine besondere Obligation, anerkennen. Die Zweiheit der Verpflichtung wird denn auch direkt in den Quellen ausgesprochen, z. B. in l. 128 D. de V. O. 45, 1: utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem l. 72 § 4 D. de solut 46, 3: neutrum videbitur in Pamphilo homine constitisse nec obligatio nec solutio l. 5 § 2 D. qui et a quil. 40, 9: multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is, qui manumittitur an extra obligationem sit.[1])

Principiell unzulässig ist, wie Pescatore a. a. O. S. 77 flgd., 237 will, Einheit und Mehrheit der alternativen Obligation davon abhängig zu machen, ob der Schuldner oder der Gläubiger die Wahl hat. Die Wahl ist nur ein sekundäres, die Geltendmachung und Erfüllung betreffendes Moment, da sie nur für die Entscheidung der Alternative interessirt, nicht zum Wesen der letzteren selbst gehört. Unzutreffend ist der Einwurf, daß dem Gläubiger, wenn der Schuldner die Wahl hat, „nur eine alternativ zu fassende Klage zustehe", die Annahme mehrer selbständiger Forderungsrechte daher zu dem widersinnigen Resultat führe, daß „sie sich mit einem rechtlichen Zwangsapparat behelfen müßten."[2]) Die Klage und der rechtliche Zwang bestimmt sich nach der Natur des zu verfolgenden Rechts, und nicht umgekehrt diese nach der Form der Klage und des Zwangsapparats. Ein **Zwangsapparat** aber genügt, da auch nur eines der beiden Forderungsrechte zur Realisirung kommen soll. Die alternative Klage aber ist in Wahrheit eine Combination und Zusammenfassung zweier Klagrechte, und diese Combination hinwieder durch die Natur der beiden Klagerechte und ihres Verhältnisses zu einander geboten.

In ähnlicher Weise können auch zwei kopulative Klagerechte zusammengefaßt werden, und daß dies schon im Formularproceß nicht bloß statthaft, sondern sogar regelrechte Verfahrungsweise war, ergiebt Gajus, 4 § 59, wonach Jemand, der Stichum et Erotem gekauft, ordentlicherweise wegen beider Gegenstände in einer Formula zu klagen hatte, während die Zulässigkeit einer besonderen Klage wegen jedes einzelnen gerade strittig war. Fernere Beispiele der Combination zweier Klagrechte in einer Formel liefern die actio de peculio und de in rem verso[3]), sowie die Noxalklage bei gleichzeitiger scientia domini.[4])

Wenn es für die Einheit oder Zweiheit der Obligation bloß darauf ankäme, ob dem Schuldner oder dem Gläubiger die Wahl zusteht, so würde dies zu der unhaltbaren Consequenz führen, daß, wenn der Schuldner es zur Zwangsvollstreckung kommen läßt und in diesem Falle schon nach justinianischem Recht — wie dies auch Pescatore S. 197 annimmt — die

---

[1]) Vergebens sucht Pescatore S. 9 flgd. die Beweiskraft dieser und anderer Stellen in diesem Punkt zu erschüttern. Ebenso hinfällig sind die Gegenargumente bezüglich anderer Stellen von Chesius, Interpret. c. 50 nr. 65—81.

[2]) Pescatore S. 77.

[3]) § 4 J. q. cum eo q. in al. pot. 4, 7 Gaj. IV § 74 in f. Vgl. Bekker, Aktionen 2 S. 338.

l. 4 D. de nox. act. 9, 4. Vgl. Bekker a. a. O. S. 193.

Wahl dem Gläubiger anheimzugeben ist, in Folge davon die bei Eingehung des Processes vorhandene ursprüngliche Einheit sich nachträglich in eine Mehrheit von Forderungsrechten verwandeln müßte!

Daß aber diese Mehrheit von vornherein besteht, auch wo an sich der Schuldner wahlberechtigt ist, geht insbesondere noch daraus hervor, daß durch pactum de non petendo die Klage bezüglich des einen Gegenstandes ausgeschlossen werden kann und in Folge davon der Gläubiger nicht bloß befugt, sondern sogar genöthigt ist, die Klage auf den anderen Gegenstand zu beschränken[1]), eine Erscheinung, die nothwendig die ursprüngliche Zweiheit der Obligation voraussetzt.

Unverfänglich ist, daß die Quellen das alternative Schuldverhältniß als obligatio, tota obligatio bezeichnen, da obligatio nicht bloß die einfache, sondern auch das zusammengesetzte, mehre Einzel-, Sonder- oder Glied-Obligationen umfassende Schuldverhältniß bezeichnet.[2])

3. Relation zwischen den Gliedobligationen.

Die Beziehung zwischen den beiden Gliedobligationen äußert sich darin, daß durch die Realisirung und Ausübung (Funktion) der einen nicht nur diese, sondern auch die andere aufgehoben wird, oder mit anderen Worten: mit der Realisirung einer Gliedobligation die Totalobligation erlischt, tota solvitur obligatio. Dies steht außer Zweifel durch folgende Stellen: l. 27 § 6 D. de pactis 2, 14: ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri (Paulus). l. 44 § 3 D. de act. et obl. 44, 7: alterius solutio totam obligationem interimit (Paulus). l. 17 D. de acc. 46, 4: Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit et petere quinque aut partem hominis potest (Julianus). l. 26 § 13 D. de cond. indeb. 12, 6: Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque ... placuit (ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis .. § 14. Secundum quae liberatio non contingit, nisi aut utrique (sc. heredum stipulatoris) quina aut utrique partes Stichi fuerunt solutae (Ulpianus).

Zwischen beiden Gliedobligationen besteht sonach eine Art wechselseitiges Consumtionsverhältniß. Wie ist nun dieses zu construiren?

Die Pendenz- und Bedingungstheorie sind hierzu nicht brauchbar. Die suspensive Pendenz führt nicht zu einer Auflösung, sondern zu einer Nichtperfection der einen Gliedobligation bei Erfüllung der anderen. Auch die

[1]) l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14: Si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur: possum efficaciter de Sticho agere.

[2]) Hartmann, Oblig. S. 150—154.

Verwendung des eventuellen Willens liefert kein anderes Resultat als die des bedingten Willens.

Eine „resolutive Pendenz" in dem Sinne, daß mit der Leistung des einen Gegenstandes es bezüglich des anderen Gegenstandes so angesehen wird, als wäre „er nie in obligatione gewesen", ist ohnehin nur mit Hülfe einer Rechtsfiktion möglich und steht und fällt mit der Resolutivbedingung im Sinne der älteren Theorie.

Das Grundgebrechen aller Bedingungstheorien ist, daß sie den begrifflichen Zusammenhang beider Glieder der Alternative zerreißen und das, was aus der Natur dieses Zusammenhangs mit Nothwendigkeit folgt, als Produkt willkürlicher Festsetzung erscheinen lassen, bei welcher ganz heterogene Rechtsverhältnisse in eine äußerliche Verbindung gebracht werden können, z. B. eine Stipulation auf X unter der Bedingung, daß nicht Y geleistet werde mit einem Kauf über Y, unter der Bedingung, daß nicht X geleistet werde.

Die Verknüpfung, in welche hier die beiden Obligationen durch den Inhalt der beiderseitigen Bedingungen gebracht werden, führt zu einem ähnlichen Erfolg, wie die alternative Obligation, kann aber nicht als Ausdruck des Wesens der letzteren gelten. In diesem Sinne ist zu verstehen l. 9 pr. D. de optione legata 33, 5: — Cum ita legatur: Titio Stichum do lego, si Pamphilum non elegerit: eidem Titio Pamphilum, si Stichum non elegerit, simile est, atque si ita legatum fuisset: Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet, do lego (Julianus). Ueber eine gewisse äußere Aehnlichkeit mit dem alternativen Legat geht der in dieser Stelle behandelte Fall nicht hinaus.[1])

Die künstliche Herbeiführung der Wirkungen und begrifflichen Folgen, wenn auch sämmtlicher Folgen, kann nicht über das mangelnde Wesen der alternativen Obligation hinwegtäuschen. Nur im Wege freier Interpretation könnte in den festgesetzten Folgen der Ausdruck eines alternativen Rechtswillens gefunden werden. Auf wie schwanken Boden hierbei die Interpretation gerathen kann, zeigen die in l. 4 C. de V. S. 6, 38 berichteten Controversen.

Mit Redewendungen endlich: daß in der Alternative Etwas der Bedingung Aehnliches, eine conditio tacita oder conditio juris liege, kommt man der Lösung der Frage nicht näher. Die conditio juris kann nur Begründungs- oder Bestandsmoment sein, aber ebensowenig wie die conditio facti das Wesen des Rechtsverhältnisses zum Ausdruck bringen.

Im Gegensatz zu den Bedingungs- und Pendenztheorien will Pescatore die alternative Obligation folgendermaßen construiren: Bei der Obligation „mit alternativ bestimmtem Inhalt", d. i. bei der alter-

[1]) Vgl. hierzu die Bemerkungen von Pescatore S. 17—19. Einen anderen Fall äußerer Verknüpfung zweier Obligationen bietet l. 27 D. de leg. II (31): si sub contrariis condicionibus aliud atque aliud legatum est. Das Existentwerden des einen Vermächtnisses schließt das andere aus.

nativen Obligation mit Wahlrecht des Schuldners sei in „abstracter" Weise bestimmt, was geschuldet werde, nämlich so, daß dem Obligationsinhalt „durch verschiedene bestimmte einzelne Leistungen genügt werden kann, welche durch den die Obligation begründenden Willen, was ihre die Obligation tilgende Kraft angeht, als gleichwerthig gesetzt worden sind" (a. a. O. S. 125—128). Allein damit wird der wirkliche Obligationsinhalt willkürlich verändert. Die beiden bezeichneten Leistungen sind die wahren Obligationsobjecte, und nicht bloß Erfüllungsobjecte, d. i. zur Erfüllung taugliche Mittel. Ueberdies ist das Abstractum, welches nach Pescatore das Obligationsobject bilden soll, nur scheinbar ein Abstractum und in Wahrheit identisch mit den beiden concreten Objecten.

Es ist sachlich dasselbe, ob ich sage: ich leiste Eins von den beiden Pferden A und B oder: ich leiste entweder das Pferd A oder B. Die Verwandlung zweier concreter alternativ nebeneinander genannter Gegenstände in ein Abstractum ist eine logische Unmöglichkeit. Auf ein Abstractum geht die Obligation auf eine Genus- oder Quantitätsleistung[1]), schon aber nicht mehr die sog. beschränkt-generische Obligation, da sie sich auf eine Reihe bestimmter Individuen bezieht. Mit Recht verwirft Papinian in der vielfach mißverstandenen l. 66 § 3 D. de leg. 2 (31) die Behandlung der beschränkt-generischen Obligation nach Analogie der rein generischen Obligation (hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet), während Marcellus in l. 72 § 4 D. de solut. 46, 3 diese Analogie gelten lassen wollte. Daß Papinian's Ausspruch nur von beschränkt-generischen Obligationen zu verstehen ist, kann nach der specifischen Bedeutung des gebrauchten Ausdrucks: si generatim homo legatur nicht bezweifelt werden.[2])

Keinen Aufschluß giebt Pescatore darüber, in welcher Weise der die beiden Leistungen in ihrer obligationstilgenden Kraft gleichstellende Wille und seine Wirkung zu denken ist, ob als direkt wirkender Aufhebungsmodus oder indirekt wirkende Nebenbestimmung oder wie sonst?

Anlangend die alternative Obligation mit Wahl des Gläubigers, wo er ein „alternatives Nebeneinanderbestehen mehrer Forderungsrechte" annimmt, so glaubt Pescatore, daß „die beiden Ansprüche in dem Verhältniß sog. electiver Concurrenz zu einander stehen und „eine darauf abzielende Festsetzung" in dem die alternative Obligation begründenden Willen enthalten sei (a. a. O. S. 82). Allein dies ist keine Erklärung, sondern nur ein anderer Ausdruck für das Phänomen. Die Gründe des Consumtionsverhältnisses in den Fällen der electiven Concurrenz: materielle Identität und jedenfalls Identität des Objects, treffen bei der alternativen Obligation nicht zu. Es handelt sich bei dieser um ein Consumtionsver-

---

[1]) S. Dernburg, Pand. II § 25 S. 71, der freilich Papinian's Ausspruch in l. 66 § 3 D. de leg. 2 (31) auf rein generische Obligationen bezieht.

[2]) cfr. l. 65 pr. l. 71 pr. D. de leg. 1 (30), l. 2 § 1, l. 18 D. de opt. vel elect. leg. 33, 5, Ulp. 24 § 14, v. Savigny, Obl. I S. 393 Anm. 9.

hältniß anderer Art. Mit der „electiven Concurrenz" der Gliedobligationen ist also nichts anderes bezeichnet, als die Erscheinung, daß die „Geltendmachung der einen" nicht bloß diese, sondern auch die „Geltendmachung der anderen" beseitigt. Nicht einmal ein einheitlicher Charakter der von Pescatore unter der „sog. alternativen Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers" zusammengefaßten Fälle ist gewahrt, wie daraus erhellt, daß neben der „Geltendmachung des einen Forderungsrechts" „unter Umständen schon die bloße Erklärung des Willens, eines der beiden Forderungsrechte geltend zu machen", die „Geltendmachung des anderen ausschließen" soll, ferner dazu auch „mehrere Vermächtnisse" gerechnet werden, „die durch den Willen des Erblassers in das Verhältniß zu einander gesetzt sind, daß die Annahme des einen die Ausschlagung des anderen in sich schließt" und hinwieder „diese Vermächtnisse selbst, nicht die vermachten Forderungsrechte alternativ nebeneinander bestehen" sollen (Pescatore a. a. O. S. 237 und Note 2), — eine vollständige Vermengung von alternativer Pendenz und alternativer Obligation! alternativer Delation und alternativem Forderungsrecht!

Es verhält sich vielmehr folgendermaßen:

Wenn man davon ausgehen muß, daß bei der alternativen Obligation das alternative Moment sich nicht darauf bezieht, daß nur bezüglich eines der beiden Gegenstände die Obligation zur Existenz kommen soll, auch nicht darauf, daß nur eine Leistung und nicht beide Leistungen das Obligationsobject bilden sollen, vielmehr darauf, daß nur eine der beiden Gliedobligationen verwirklicht werden und zur Function gelangen soll, so ist der die alternative Obligation begründende Wille dahin auseinanderzulegen:

Es soll 1) bezüglich eines jeden von zwei Gegenständen eine Verpflichtung entstehen, aber 2) in der Weise, daß zwischen der Erfüllung der einen Verpflichtung und der Erfüllung der anderen Verpflichtung die Wahl zusteht.

Die schlechthin alternative Verpflichtung: illud aut illud dare besagt, daß der Schuldner die Wahl hat, der Zusatz: utrum ego velim constituirt dem Gläubiger die Wahl (l. 75 § 8 D. de V. O. 45, 1).

Der praktische Ausdruck der Alternative auf dem Gebiete des Wollens und Handelns ist die Wahl. Wählen aber heißt, das Eine verwerfen und sich für das Andere entscheiden. Mit der Entscheidung für das Eine ist ausgesprochen, daß man das Andere nicht wolle, daß das Andere nicht stattfinden solle. Wenn mithin dem Schuldner überlassen ist, welche von zwei existenten Verpflichtungen er erfüllen will, so heißt dies, daß ihm in maßgebender, d. i. den Gläubiger bindender Weise die Entscheidung darüber zustehen soll, welche der beiden Verpflichtungen zur Erfüllung kommen soll, woraus folgt, daß, wenn er sich endgültig für die Erfüllung der einen entschieden, d. h. diese erfüllt hat, in endgültiger Weise feststeht, daß die Erfüllung der anderen nicht stattfinden soll und nicht mehr gefordert werden kann. Diese Folge ist durch das Moment der Wahl von selbst gegeben.

In Gemäßheit des die alternative Verpflichtung begründenden Willens ist daher mit der Verpflichtung bezüglich des einen Gegenstands zugleich eine

eventuelle Befreiung von der Verpflichtung bezüglich des anderen gesetzt. Der alternative Verpflichtungswille wirkt verpflichtend und befreiend zugleich. Die Verpflichtung bezüglich jedes Gegenstandes besteht nur in der Weise, daß ihre Erfüllung die Verpflichtung bezüglich des anderen beseitigt, kraft stillschweigender Festsetzung durch den alternativen Verpflichtungswillen.

In entsprechender Weise verhält es sich, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht. Die Wahl bedeutet für ihn, daß, wenn er sich für die Geltendmachung des Forderungsrechts bezüglich des einen Gegenstandes entscheidet, er damit sein anderes Forderungsrecht aufgiebt. Mit der Begründung jedes einen Forderungsrechts ist ein eventueller Verzicht auf das andere und eine entsprechende eventuelle Befreiung des Schuldners verbunden.

Mag dem Gläubiger oder Schuldner die Wahl zustehen; das Forderungsrecht bezüglich jedes einen Gegenstands besteht nur mit der Maßgabe, daß die Realisirung des einen die des anderen ausschließt.

Dies Alles folgt aus dem Inhalt des alternativen Verpflichtungswillens (aut illud aut illud).

Das gegenseitige Consumtionsverhältniß der beiden Gliedobligationen fließt aus dem Moment der Wahl.

Man darf dasselbe nicht darauf zurückführen, daß an Stelle der einen Verpflichtung die andere erfüllt, statt der Erfüllung der einen die Erfüllung der anderen gefordert werden darf. Denn trotz der Uebereinstimmung des Resultats würde damit die Erfüllung der einen als Ersatz für die Erfüllung der anderen charakterisirt und in ein accessorisches Verhältniß zu dieser gesetzt werden, während Beides von gleichmäßig principaler Bedeutung ist und das Eine durch das Andere nicht deßhalb ausgeschlossen wird, weil in Diesem für Jenes ein Ersatz geboten wird, sondern lediglich deßhalb, weil die Wahl für Dieses gegen Jenes entschieden hat.

Das eigenthümliche Wesen der alternativen Verpflichtung liegt nicht in ihrem nothwendigen, sondern in ihrem voluntären Element. Das Nothwendige an ihr ist: daß von den beiden Gliedobligationen die eine erfüllt werden muß. Dies ist nichts Specifisches, folgt vielmehr aus dem Grundwesen jeder Verpflichtung. Das voluntäre Element dagegen ist: daß zwischen der Erfüllung beider Obligationen die Wahl zusteht. Das ist das Charakteristische der alternativen Verpflichtung, indem sich in ihr eine Combination von Möglichkeit und Nothwendigkeit darstellt. Man hat daher mit Recht die Wahl als ein wesentliches Moment derselben festgehalten, obwohl vielfach unter mißverständlicher Verwendung dieses Moments und ohne daß die constructive Bedeutung desselben hinreichend erkannt worden wäre.[1])

---

[1]) So bei Savigny's Definition Obl. I S. 389, wonach die Wahl dazu dient: damit „die Obligation Wirksamkeit erlangen soll", und noch mehr bei Greiffenhagen, S. 4, der in der Wahl den „Angelpunkt des Ganzen" erkennt, aber nur deßhalb, weil dadurch „der wahre und eigentliche Gegenstand der Obligation aus dem Kreise der übrigen ausscheidet", was nur für die alternative Pendenz, nicht aber für die alternative Obligation zutrifft. Unrichtig auch Reatz, gem. deutsch. Civilr. IV 1886 § 51.

Als integrirender Bestandtheil der alternativen Verpflichtung erscheint denn auch die Wahl in den einschlägigen Quellenaussprüchen. So vor Allem in § 33 J. de actionibus 4, 6: causa plus petit .... si quis ita a te stipuletur, hominem Stichum aut decem aureos dare spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum .... plus petere intelligitur: quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere: id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit et specialiter Stichum petat .... plus petere intelligitur: quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat: nihilominus plus petere intelligitur: quia saepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est, cfr. Gaj. IV § 53. Das Wahlrecht des Schuldners erscheint hier als ein integrirender Bestandtheil, eine wahre kraft der Stipulation — jure stipulationis — gesetzte Qualification der alternativen Verpflichtung und die Nichtberücksichtigung desselben Seitens des Gläubigers als ein Uebergriff, ein Unrecht: eripit, tollit electionem adversario.

Für die Bedeutung des Wahlrechts können ferner herangezogen werden einige auf die accessorische Alternative bezügliche Aussprüche: l. 12 § 3 D. de solut. 46, 3: Si mihi proponas stipulatum aliquem sibi aut Titio: hic enim etsi prohibeat me Titio solvere, solvendo tamen liberabor: quia certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potuit stipulator (Ulpianus).

l. 106 D. eod.: Aliud est, jure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. Nam cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest (Gajus).

l. 108 D. eod.: Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur: quia talis est lex stipulationis ideoque etiam invito me recte solvitur (Paulus).

Auf der Grenzscheide zwischen accessorischer und principaler Alternative steht der Fall in l. 98 § 6 D. eod.: At ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo aedificari aut in Titii loco: numquid, si in Titii loco aedificet, non contingat liberatio: nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere? sed verius est liberationem contingere: quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur (Paulus).

Die jure stipulationis sich verstehende, eine lex und conditio stipulationis, causa obligationis bildende electio hat selbständige Bedeutung.

Was hier von der accessorischen Alternative gesagt ist, gilt noch in höherem Grade von der principalen Alternative, wie sie die alternative Obligation enthält.

Das Wahlrecht des Schuldners kann unter Umständen mit dem Forderungsrecht in Conflict gerathen. Einen solchen Conflictsfall entscheidet l. 2 § 2 D. de eo quod certo loco 13, 4: Si quis Ephesi decem aut Capuae hominem dari stipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. § 3. Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in ejus arbitrio, an debeat non esse. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt: caeterum ubi alter decessit, exstingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat. quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scaevola, petitorem electionem habere, ubi petat, reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem (Ulpianus). Die Rücksicht auf das Wahlrecht des Schuldners darf nicht dahin führen, das Forderungsrecht illusorisch zu machen.

Um das Wahlrecht dreht es sich auch bei den Entscheidungen der l. 10 § 6 D. de jure dot. 23, 3, l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3. Seine substantielle Bedeutung erhellt auch daraus, daß es auf den Charakter des Obligationsinhalts als certum oder incertum influirt, je nachdem es dem Gläubiger oder Schuldner zusteht, l. 75 § 8 D. de V. O. 45, 1.

Aus dem Obigen erhellt:

Das gegenseitige Consumtionsverhältniß der beiden Gliedobligationen erklärt sich aus der Auflösung des alternativen Verpflichtungswillens 1) in einen obligationsbegründenden und 2) einen eventuell: d. h. für den Fall der Erfüllung der einen von der Erfüllung der anderen befreienden Bestandtheil. Dieser letztere erscheint im Verhältniß zum ersteren als Nebenbestimmung, Nebenwillenserklärung und stellt bei Verträgen ein eventuelles pactum de non petendo, bei vertragsähnlichem oder gesetzlichem Obligationsgrunde eine entsprechende vertragsähnliche oder gesetzliche Festsetzung dar.

Es erübrigt noch die Untersuchung: unter welche juristische Kategorie fällt der Inhalt dieser Nebenfestsetzung und in welcher Weise äußert sich seine Wirksamkeit, ipso jure oder ope exceptionis?

4. Modus.

Das alternative Obligations-Moment wird von Paulus in l. 44 § 3 D. de O. et A. 44, 7 als Modus bezeichnet und dahin erläutert: Alterius solutio totam obligationem interimit nec alterum peti potest quamdiu utrumque est. Dieser Ausspruch ist bisher wenig beachtet worden; man ignorirt ihn oder sucht sich mit ihm möglichst leicht abzufinden. Paulus unterscheidet in l. 44 pr. cit. bei der Obligation vier bestimmende Momente und daraus resultirende Bestimmtheiten (causae): dies, conditio, modus, accessio, in l. 29 D. de leg. 1 (30): modus, tempus, conditio, locus. Auch anderwärts wird der modus der conditio und der causa temporis gegenübergestellt, l. 4 D. de serv. 8, 1 (Papinianus), l. 17 D. de cond. 35, 1 (Gajus), l. 3 § 6 D. de leg. praest. 37, 5 (Ulpianus), l. 1 l. 2 C. de his quae sub modo 6, 45. cfr. l. 72 D. de fidej. 46, 1 (Gajus). Es kann daher kaum zweifelhaft sein, daß es sich bei diesen Ausdrücken um ein in der römischen Theorie feststehendes Schema handelt, in welchem tempus (ex tempore, ad tempus l. 4 D. cit., ex die, ad diem l. 44 § 1 D. cit.) die temporale, locus die locale, conditio (sub conditione, ad conditionem l. 4 D. cit. conditio, quae in constituenda obligatione inseritur, quae post perfectam eam ponitur l. 44 § 2 cit. cfr. l. 7 § 5 D. de pactis 2, 14: quae postea interponuntur) die causale, modus die modale Bestimmung und Bestimmtheit bedeutet.

Wenn Paulus an anderer Stelle im Gegensatz zu locus und tempus die qualitas nennt (Rec. Sent. I, 10: caussa cadimus: loco, alibi, summa, plus petendo; tempore, ante petendo, qualitate, ejusdem rei speciem meliorem postulando cfr. Consult. 5), so ist unter der qualitas offenbar der modus subsumirt, da die zur Erläuterung angeführte: ejusdem rei melior species sich nur auf den Fall beziehen kann, daß der Kläger zwar denselben Gegenstand, auf den seine Berechtigung geht, aber mit einem ihm nicht zustehenden günstigeren Berechtigungsmodus (species obligationis) fordert. Paulus faßt also den modus offenbar als eine nähere Bestimmung und Beschränkung des obligationsbegründenden Willens und dessen Wirkung, wozu dann die in l. 44 § 4 cit. erwähnte accessorische, erweiternde Bestimmung (accessio) den Gegensatz bildet.

Modus im Unterschiede von Bedingtheit, zeitlicher und örtlicher Beschränktheit kann nur die Art und Weise und Maßgabe des rechtlichen Könnens oder Müssens bedeuten. Dies ergiebt insbesondere auch l. 4 § 1 D. cit. 8, 1: Modum adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur [vel non agatur] veluti ut equo duntaxat vel ut certum pondus vehatur vel grex ille transducatur aut carbo portetur § 2 Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutae servitutis (Papinianus). Obschon streng genommen diese näheren Bestimmungen nicht sowohl einen modus des concreten Servitutsrechts selbst, als vielmehr dessen Inhalt ausmachen und als modus nur in Bezug auf via und actus in abstracto gelten

können, ist diese Anwendung doch charakteristisch für die Bedeutung des Modus überhaupt. Auf einen concreten Rechts- und Obligationsinhalt, auf ein concretes dare oportere bezogen, kann modus, ebenso wie die Zeit- und Ortsbestimmung nur eine nähere Bestimmung und Beschränkung dieses Hauptinhalts bedeuten. Modus ist Nichts als die modale Nebenbestimmung im Gegensatz zur temporalen, localen und causalen. Es ist schon vorweg ein theoretisches Bedürfniß, ja eine theoretische Nothwendigkeit, in der allgemeinen Lehre von der Begründung der Rechte und den Willenserklärungen insonderheit, wie dies die römische Dogmatik bereits gethan, neben den causalen, temporalen und localen Nebenbestimmungen auch den modalen eine Stelle einzuräumen. Die zur Zeit noch übliche Lehre vom modus genügt dieser Anforderung nicht, da sie nur eine engbegrenzte Klasse von Anwendungsfällen des modus: die auf Schenkungen und letztwillige Zuwendungen gelegte Auflage zur Berücksichtigung zieht, und damit den Zusammenhang zerreißt, in dem diese mit vielen anderen Fällen stehen, in denen es sich um Maßgaben, ausdrückliche oder stillschweigende Vorbehalte handelt, unter denen eine Willenserklärung abgegeben und durch welche diese in ihrer Wirkung näher bestimmt wird.[1])

Modus, Maßgabe ist ein die Rechtswirkung: Recht oder Pflicht ihrer Art und Intensität nach beschränkendes Moment, eine mit der Rechts-Begründung verbundene Belastung, eine der Verpflichtung hinzugefügte Erleichterung.

Auf Seiten des Gebers oder des Verpflichteten bedeutet der modus einen Vorbehalt, aus welchem eine entsprechende Beschränkung des Rechts des Empfängers oder Gläubigers entspringt. Der modus läßt das Recht, dem er hinzugefügt ist, in seinem Bestande unberührt, und betrifft nur die Wirkung desselben, indem er eine wie auch immer geartete Gegenwirkung hervorbringt.

Vorbehalte bei der Rechtsbegründung und Rechtsübertragung kommen im Verkehr in den verschiedensten Arten vor und sind überall möglich, wo nicht die besondere Natur des Rechtsgeschäfts entgegensteht. Wie die Arten der Rechtsgeschäfte selbst, bildet der Verkehr auch gewisse typische Modificationen derselben heraus, in denen gewisse Nebenzwecke der Contrahenten zur Geltung kommen und eine charakteristische artbildende Bedeutung annehmen können, wie z. B. die Vorbehalte beim Kauf: in diem addictio, lex commissoria, pactum displicentiae, deren eigenthümliche Bedeutung durch die Auffassung als auflösende Nebenverträge nicht getroffen wird, vielmehr erst durch die Kategorie des modus zum Ausdruck kommt. Artbildend erscheint der modus bei der alternativen Verpflichtung.

---

[1]) Der Grundgedanke von Windscheid's Lehre von der Voraussetzung ist ein durchaus richtiger: Er wollte eine über den herrschenden engbegrenzten Modusbegriff hinausgehende selbständige Kategorie von Selbstbeschränkungen des Willens neben dies und conditio aufstellen (a. a. O. S. 1). An der adäquaten Durchführung dieses Gedankens hat ihn nur die Hereinziehung der Condiktionsfälle und seine ablehnende Haltung gegen den Modusbegriff (a. a. O. S. 57, 58) verhindert.

Auszuscheiden aus dem Bereich des modus sind sämmtliche Condiktionsfälle (condictio ob causam datorum, indebiti, sine causa, ob turpem vel injustam causam). Es handelt sich in denselben darum, daß, weil causa non secuta, weil der Grund des Leistens ein verwerflicher, rechtswidriger, unrichtiger und weil überhaupt kein Grund des Leistens vorhanden, das Leisten ohne rechtfertigenden Grund geschehen und deßhalb kraft Rechtens (aequitas) die Rückleistung erfolgen muß. Es leuchtet sofort ein, daß damit das Gebiet der Causalität des Willens verlassen und das Gebiet der juristischen Motivation, der juristischen Rechtfertigung, der juristischen ratio sufficiens betreten wird. Bei den „Selbstbeschränkungen des Willens" handelt es sich aber keineswegs um die juristische Motivation und Rechtfertigung. Ebensowenig wie die befristete Willenswirkung um der Befristung willen, die bedingte um der Bedingung willen, geschieht die modificirte Willenserklärung um des Modus, um der Auflage oder des sonstigen Inhalts des Modus willen und entnimmt sie aus diesem ihre Rechtfertigung! Die Willenserklärung hat nicht in der Selbstbeschränkung, sondern die Selbstbeschränkung in der Willenserklärung ihren Zweck und Grund, während bei den Condiktionsfällen die datio, die Willenserklärung in einem bestimmten Zwecke, causa, ihren rechtfertigenden Grund hat und eben deßhalb, weil causa non secuta, finita, injusta, falsa oder nulla, die Rückforderung begründet wird.

Die ganze Einbeziehung der Condiktionsfälle unter die „Selbstbeschränkung des Willens" ist ein Mißgriff und beruht auf der Verwechslung von Motivation und Causalität. Der modus, die Selbstbeschränkung des Willens überhaupt ist nicht ein die Willenswirkung rechtfertigendes, sondern ein sie temperirendes, beschränkendes Moment!

Schon hieraus erhellt vorweg, daß der modus ebenso wie dies und conditio in ganz anderer Weise als der Mangel des Rechtfertigungs-Grundes, der Mangel der ratio sufficiens wirken muß, und aus der Nichterfüllung des modus als solcher noch keineswegs ein Rückforderungsrecht folgt!

Der Modus kann sowohl bei einem lucrativen als onerosen Geschäft vorkommen, z. B. der Kauf, ne serva prostituatur, ne eadem mancipia aliam servitutem paterentur etc. Für die Bedeutung des Modus als solchen ist es gleichgültig, ob er zugleich einen klagbaren Anspruch erzeugt (z. B. beim Kauf, wo er mit der Contractsklage erzwungen wird, ferner seit l. 2 C. 6, 45 die Auflage zu Gunsten eines Dritten bei einem Vermächtniß) oder nicht (z. B. weil an der Erfüllung des Modus weder der Onerirte noch ein Dritter ein Interesse hat).

Der Unterschied zwischen Modus und Resolutivbedingung besteht darin, daß letztere auf eine bloße Negation, eine directe oder indirecte Vernichtung der begründeten Rechtswirkung geht, ersterer aber nur die Intensität der Rechtswirkung beeinflußt, eine eigenthümliche Modification derselben bezweckt und also von art- oder unterartbildender Bedeutung ist. Er

intendirt keine Negation der Rechtswirkung, weder überhaupt noch zur Zeit. Wenn man unter der Resolutivbedingung Etwas Klares denken will, so soll durch sie aufgelöst werden nicht das Rechtsgeschäft, sondern die durch dieses gesetzte Rechtswirkung, das begründete Rechtsverhältniß, und zwar auch da, wo sie nur ope exceptionis wirkt. Bemerkenswerth für den Unterschied zwischen Modus und Resolutivbedingung sind die sog. resolutiven Vorbehalte oder vertragsmäßigen Rücktrittsrechte beim Kauf (in diem addictio, lex commissoria, pactum displicentiae). Denn obwohl sie darauf gehen, daß emptio pura sub conditione resolvitur[1]), ut res inempta esset[2]), ut liceat a negotio discedere[3]) und genau wie eine Resolutivbedingung wirken[4]), wenn sie zu einer Zeit Platz greifen, wo noch res integra, haben sie doch eine über die Resolutivbedingung hinausgehende eigenthümliche Bedeutung insofern, als sie, wenn nicht mehr res integra, also der Vertrag gänzlich oder theilweise erfüllt ist, klagbare Ansprüche auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, Redhibition und überhaupt Beseitigung der auf Basis und in Erfüllung des Vertrages entstandenen Veränderungen[5]) gewähren, in dieser Beziehung also die bereits geschehene Erfüllung der Obligation voraussetzen und daher nicht mehr auf Aufhebung dieser letzteren selbst, sondern nur noch ihrer Verwirklichung gerichtet sein können. Indem sie mithin dem einen oder anderen Theil das Recht geben, eintretendenfalls das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln und alle Consequenzen daraus zu ziehen, erscheinen sie als „Modificationen des Vertragsinhalts“[6]), als eigenthümliche Beschränkungen und Maßgaben des aus dem Vertrage hervorgehenden Forderungsrechts, das sie noch nach seiner Verwirklichung ergreifen, ein Effekt, zu welchem die Resolutivbedingung nicht hinanreicht, da sie im besten Falle nur die Verwirklichung des Forderungsrechts zu hemmen vermag, nämlich wenn sie bei der Geltendmachung desselben bereits eingetreten ist, andernfalls aber die Verwirklichung des Rechts ungehindert sich vollziehen lassen muß. Der Modus setzt also da ein, wo der Wirkungsbereich der Resolutivbedingung aufhört und genügt einem dringenden practischen Bedürfniß. Die charakteristischen Unterschiede zwischen tempus, conditio und modus bestimmen sich lediglich nach ihrer Bedeutung für das Rechtsverhältniß, nach dem Inhalt des sie setzenden Willens.

---

[1]) l. 2 D. de in diem add. 18, 2, l. 4 C. de aed. ed. 4, 58.

[2]) l. 2, l. 4 pr., l. 6 § 1, l. 8 D. de lege comm. 18, 3, l. 6 § 1 D. de contr. empt. 18, 1, l. 22 pr. D. loc. 19, 2.

[3]) D. tit. de resc. vend. et quando lic. disc. 18, 5.

[4]) l. 2, 3, 5 D. de resc. vend. 18, 5. Künstlich die Construction bei Bechmann, Kauf II S. 491: wonach das Rücktrittsrecht „bei noch nicht erfülltem Vertrage durch Weigerung der Erfüllung“ sich geltend machen und die Pflicht des Gegners als „Duldung“ darstellen soll.

[5]) l. 16, l. 20, l. 4 § 4, l. 6, l. 14 § 1, 4, 5 D. de add. in diem 18, 2, l. 4 C. de aed. ed. 4, 58. Dazu: Czyhlarz, Resolutivbed. S. 44—45, dem beizutreten ist.

[6]) So z. B. Windscheid, Pand. § 323.

5. Wirkung des Modus.

a. Der Modus als Auflage bei Zuwendungen[1]) wirkt zunächst durch exceptio doli. Diese Wirkung beruht auf der aequitas. Allein was ist aequitas Anderes als das den Willen, der den Modus setzt, berücksichtigende, das die ihn begründende ausdrückliche oder stillschweigende Conventio schützende freie Rechtsprincip? Es ist daher verfehlt, diesen Willen, diesen Zusatz zu dem Hauptwillen, diese Selbstbeschränkung des Willens in einen Gegensatz zu der Aequitas zu stellen und zu behaupten: daß der Grund der exceptio nicht die Selbstbeschränkung des Willens, sondern die Aequitas sei.

Es wäre dies ebenso verfehlt, als wenn man bei den civilrechtlich anerkannten Contracten den Grund ihrer Rechtswirkung nicht in ihrer causa: res, verba, litera, consensus (= negotium aliquod l. 15 D. de praescr. verb. 19, 5), sondern in dem diese causae anerkennenden Civilrecht, bei dies und conditio den Grund ihrer Wirksamkeit nicht in ihrer Festsetzung, sondern in dem ihre Festsetzung zulassenden Rechtssatz finden wollte. Beides ist Grund, nur in verschiedenem Sinne: das eine ist actuelles, das andere potentielles Moment der Begründung. Grund und Ursache sind nicht eine Einheit, sondern zerlegen sich in einzelne, bei der Begründung betheiligte Momente.[2]) Wie das positive Recht den innerhalb der von ihm gezogenen Schranken sich bewegenden Willen, so erkennt die Aequitas den natürlichen Willen, das nudum pactum an und verhilft ihm zu einer gewissen Wirksamkeit, welche dann schließlich auch im Civilrecht Berücksichtigung findet.

In Hinblick auf die Condiktionen, die ebenfalls der Aequitas ihren Ursprung verdanken, mag hier darauf hingewiesen werden, daß die Aequitas keineswegs auf die Berücksichtigung unklagbarer Festsetzungen beschränkt ist.

Der Modus, die Maßgabe hat im Allgemeinen dasselbe Anwendungsgebiet, wie dies und conditio.

Der Modus wird also zunächst geltend gemacht mittelst exceptio doli gegen die Klage des Honorirten auf Verabfolgung der Zuwendung. Dieser kann der exceptio durch Cautionsleistung für die Erfüllung des Modus begegnen. Hierdurch entsteht, äußerlich betrachtet, ein ähnliches Verhältniß, wie bei einer Befristung, insofern bis zur Cautionsleistung die Entrichtung des Zugewendeten vorenthalten werden darf. Allein die Verschiedenheit zwischen Modus und Befristung zeigt sich wieder daran, daß trotz des Modus und schon vor der Cautionsleistung die Klage des Honorirten ipso jure

---

[1]) Die herrschende Lehre trifft das Wesen des modus nicht, wenn sie die darin liegende Selbstbeschränkung des Willens lediglich quantitativ auffaßt, d. i. als eine die „ökonomische Beschränktheit" setzende Willensbestimmung, insofern „die Gabe in dem Maße ihres Vermögensbetrages durch die darauf gelegte Last beschränkt wird". v. Savigny, Syst. 3 S. 230; Arndts, P. § 74 u. A. S. dagegen mit Recht: Windscheid, Pand. I § 97 Note 1: Der modus braucht überdies nicht einmal nothwendig eine „Verminderung des Werths der Gabe" bewirken, z. B. wenn er auf bloße Potestativhandlungen des Honorirten geht!

[2]) S. hierüber Trendelenburg, logische Untersuchungen II S. 163—164 (2. A.).

begründet ist, während im Fall der Befristung die Klage ante diem ipso jure unzulässig ist.[1])

Für die Frage, ob die Nichterfüllung des Modus ein Rückforderungsrecht und von welcher Art begründet, ist von dem principiellen Gegensatz zwischen modus und causa auszugehen. Wenn der Modus nicht den rechtfertigenden Grund der Willenserklärung und Zuwendung abgiebt, sondern dieser Grund unabhängig von dem Modus besteht, mithin die Nichterfüllung des Modus nicht den Mangel des juristischen Rechtfertigungsgrundes der Willenserklärung bedeuten kann, so kann wegen der Nichterfüllung auch niemals die Condictio stattfinden. So bedürfen letztwillige Verfügungen als Bestimmungen über das künftige Schicksal des Vermögens keines weiteren Rechtfertigungsgrundes, sind vielmehr an sich selbst gerechtfertigt.

Die einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß hinzugefügte Auflage, welchen Inhalts sie auch sei, kann daher niemals rechtfertigender Grund (causa) der Zuwendung sein, die Nichterfüllung derselben daher auch keine Condictio begründen. Die vom Testator ausgesprochenen Voraussetzungen und Erwartungen können nur als Ausdruck seines Beweggrundes, der subjectiven causa gelten, nicht als objectivrechtliche causa. Die Berücksichtigung des subjectiven Motivs aber beruht auf einer principiell verschiedenen Grundlage als die Condictio.

Bei letztwilligen Verfügungen wird denn auch in den Quellen der Gesichtspunkt der Condiction nicht angewendet. Vorweg kann von einer Condictio nicht die Rede sein, wenn der Testator Jemanden in de irrthümlichen Annahme, daß er sein Sohn sei, zum Erben eingesetzt hat. Die Abforderung des einem Solchen zugefallenen Erbtheils geschieht wegen des irrigen Beweggrundes mittelst der hereditatis petitio Seitens der Miterben bezw. Intestaterben und wird die Berufung desselben auf das Testament durch replica doli entkräftet. Vollends spricht gegen die Anwendung des Condictionenprincips, daß demjenigen, der als Sohn zum Erben eingesetzt ist, später aber für untergeschoben erklärt wird, wegen Indignität die Erbschaft entrissen wird [aufertur quasi indigno successio l. 46 pr. D. de jure fisc. 19, 4, l. 4 C. de hered. inst. 6, 24[2])].

Nicht um eine Condiction, sondern einfach um Entkräftung der letztwilligen Verfügung selbst wegen irrigen Beweggrundes oder wegen Veränderung der Umstände und eine hierauf beruhende Rückgabepflicht handelt es sich in der l. 27 D. de usu et usufr. 33, 2: wo einer vermeintlichen Ehefrau ein Nießbrauch hinterlassen ist und die Ungültigkeit der Ehe sich nach dem Tode des Testators herausstellt, weßhalb, quod fructus nomine percepit, repeti potest, ferner in l. 43 pr. D. de cond. 35, 1: Rogatus est heres a liberto testatore, ut perceptis sibi decem totam hereditatem revenderet; postea patronus defuncti bonorum possessionem

---

[1]) l. 41 § 1 D. de V. O. 45, 1: dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur. l. 44 § 1 D. de O. et A. 44, 7 et passim.

[2]) Vgl. v. Savigny, System 3, Beil. 8 Nr. 17 Note e. Windscheid, Vorauss. S. 79.

contra tabulas petierat et partem hereditatis, quae debebatur, abstulerat. Proculus, Cassius, fideicommissarium pro rata quod solvit repetere debere ajunt, sowie im Fall der l. 24 § 16 D. de fideic. lib. 40, 5, wo wegen unvorhergesehener Schmälerung des Vermächtnisses (quod ex inopinato legatum deminutum est) die Erfüllung der Auflage: Ankauf eines Sklaven zum Zweck der Freilassung sich nicht ermöglichen läßt und deßhalb das Vermächtniß zurückgenommen wird. Aber auch in den Fällen, wo eine letztwillige Zuwendung gerade nur mit Rücksicht auf den durch den Modus bezweckten Erfolg angeordnet ist, und dies mit aller Entschiedenheit betont[1]) wird, bleibt nichtsdestoweniger der Gesichtspunkt eines Rückforderungsrechts wegen ermangelnder Voraussetzung völlig ausgeschlossen, da der bezweckte Erfolg eben nur als Motiv in Betracht kommt. So bei Vermächtnissen unter der Verpflichtung zur Uebernahme einer Vormundschaft oder unter Auferlegung einer Erziehungs- oder Beerdigungspflicht. Es macht sich vielmehr der Gesichtspunkt der Indignität und Undankbarkeit gegen den Erblasser geltend und wird dem die Erfüllung der Auflage Weigernden die Zuwendung entrissen l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34, 9 (Paulus) und l. 25 C. de leg. 6, 37 (Justinian).

Auf einer eventuellen Anordnung der Rückgabe oder eventuellen Entziehung des Vermächtnisses beruht die Entscheidung in l. 21 § 3 D. de annuis leg. 33, 1: centum legavit, ut alternis annis ex usuris ejusdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur et adjecit haec verba: Quodsi conditione suprascripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, nullo modo heredes meos obligatos ei esse volo: sed habere sibi pecuniam .... si non faciat ... utili repetitione heredes adjuvandos (Scaevola). Ebenso erklärt sich l. 17 D. de usu et usufr. 33, 2: Quidam praedia reipublicae legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit et adjecit: quae legata peto, Decuriones, et rogo ne in aliam speciem aut alios usus convertere velitis. Respublica per quadriennium continuum ludos non edidit. quaero, an reditus, quos quadriennio respublica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento? Respondit et invitis heredibus possessione apprehensa perceptos fructus restituendos esse et non erogatum

---

[1]) z. B. mit den Worten: pro hoc (l. 12 § 4 D. de relig. 11, 7: Sed si non ille fecit, nullam esse hujus rei poenam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum sit) oder „ideo“, „idcirco“ (l. 32 D. de exc. 27, 1, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27, 2: si idcirco sit relictum) oder „causa“ (z. B. l. 28 § 1 D. cit. 27, 1: quae tutoribus remunerandae fidei causa relinquuntur oder propter tutelam gerendam l. 25 C. de leg. 6, 37), wozu Redewendungen wie: „quod alioquin daturus sc. testator esset etiam sine tutela“ (l. 32 D. cit.), „si esset relicturus etiam si educationem recusaturum sciret (l. 1 § 3 cit.), cfr. l. 28 pr. D. de test. tut. 26, 2: ab his quoque legatis summovendus erit, quae filiis ejus relicta sunt; modo si legata filii non affectione propria, sed in honorem patris meruerunt. Wenn hier untersucht wird, ob der Testator auch ohne die angesonnene Dienstleistung die Zuwendung vorgenommen hätte, so ist dies Nichts als die Frage nach dem Motiv.

secundum defuncti voluntatem in alia, quae deberentur, compensari (Scaevola). Es wird hier offenbar eine stillschweigend angeordnete eventuelle Rückgabepflicht unterstellt. In Gemäßheit der eventuellen Anordnung muß im ersteren Fall das Legat in totum, im letzteren Falle zum Belauf der nicht verwendeten Nutzungen restituirt werden.

Windscheid, Voraussetzung S. 75, führt die Restitutionspflicht auf die Ermangelung der Voraussetzung zurück. Dagegen spricht auch die von ihm selbst angezogene l. 16 § 2 D. de min. 4, 4, die vielmehr auf eine eventuell angeordnete Rückgabepflicht führt: ut, si sine liberis decessisset, restitueret heredi. v. Savigny, System 3 S. 234, bemerkt unter Bezugnahme auf die fraglichen Stellen schlechtweg: daß der Erbe zurückfordern könne, um dann die Caution zu erzwingen. Es läßt sich jedoch kaum behaupten, daß der Onerirte der Rückgabe noch durch Erbieten der Caution entgehen kann; die Zuwendung soll offenbar in den betreffenden Fällen verwirkt sein.

In anderen Fällen half man durch Zwangsmaßregeln extra ordinem.

Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung l. 92 D. de cond. 35, 1: Si cui legatum fuerit relictum, isque rogatus sit, liberos suos emancipare: an cogi debeat manumittere? Es handelt sich also um ein mit einem Legat verbundenes Fideicommiß. Letzteres ist als solches seines Inhalts wegen nicht erzwingbar. Deßhalb stellt es Ulpian unter den Gesichtspunkt der conditio oder des modus: sic deinde hoc accipiendum quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum ei fuisset relictum vel ita relictum, ut eos emanciparet.[1])

Bei Consensualcontracten war zur Erzwingung des modus als pactum adjectum die Contractsklage brauchbar. Dagegen ist hierzu die actio praescriptis verbis, weil der Innominatcontract nicht sowohl einen modus, als eine rechtfertigende Voraussetzung in sich schließt, nicht geeignet.[2]) Hinwieder ist ein Mittel, den modus zu erzwingen, in der actio familiae herciscundae gegeben. Der Modus zu Gunsten eines Dritten kann bei Vermächtnissen ein selbständiges Forderungsrecht des Letzteren begründen.

Eine eigenthümliche Behandlung des modus hat man bei der donatio sub modo finden wollen. Allein diese vermeintlichen Eigenthümlichkeiten erklären sich einfach, wenn man untersucht, in welchem Sinne dem Schenknehmer ein gewisses Thun oder Leisten zur Pflicht gemacht ist. Wird die

[1]) Andere Fälle außerordentlichen Zwanges in l. 44 D. de man. test. 40, 4, l. 17 § 2 eod., l. 7 D. de ann. leg. 33, 1, l. 50 § 1 D. de her. pet. 8, 3, l. 8 § 6 D. de cond. 28, 7, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27, 2, l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34, 9: sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem.

[2]) Interessant ist in dieser Beziehung der in l. 18 § 2 D. fam. herc. 10, 2 erwähnte Versuch des Pomponius, wegen eines bei der Erbtheilung übernommenen modus ut monumentum fiat für die dabei interessirenden Miterben die act. praescr. verb. zu rechtfertigen. Er verkennt den Unterschied zwischen modus und Voraussetzung. Vgl. Windscheid, Voraussf. S. 169 Note 12.

Schenkung in Rücksicht einer zu erwartenden Gegenleistung desselben vorgenommen, so liegt ein Geschäft von der Figur: do ut des oder do ut facias vor, z. B. wenn der Empfänger dem Geber Alimente reichen soll, und es greift actio praescriptis verbis oder condictio Platz. In einem solchen Fall handelt es sich aber nicht um eine Schenkung mit einem bloßen modus, sondern um ein aus Schenkung und datio ob rem gemischtes Geschäft (negotium mixtum cum donatione), bei welchem deßhalb wieder die Condictionsgrundsätze Anwendung finden, und zwar nicht bloß in Bezug auf den lästigen Theil des Geschäfts, sondern in Bezug auf das Geschäft im Ganzen, da eine Zerlegung desselben nach seinem lucrativen und onerosen Bestandtheil offenbar unzulässig, weil es nun einmal in seiner Totalität an die Gegenleistung geknüpft ist, und in der That der lästige Zusatz für den Charakter des Ganzen entscheidend ist.[1])

Consequent muß bei ermangelnder Voraussetzung, causa non secuta, die Zuwendung ungeschmälert um den Werth des Modus zurückerstattet werden. Daß lediglich die Absicht entscheidet, in welcher dem Empfänger eine Handlung auferlegt ist, wird in l. 2 § 7 D. de don. 39, 5 hervorgehoben: Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero cum homo antequam emeretur, mortuus sit: an aliqua actione decem recipiam? Respondit: facti magis quam juris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debebit et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit (Julianus). l. 3 D. eod. Es kommt für die Rückforderung darauf an, ob die datio als reine Schenkung oder als wirkliche datio ob rem gemeint war; im ersteren Fall drückt der Zusatz: ut Stichum emeret nur die Veranlassung[2]) zur Schenkung aus: daß der Empfänger in den Stand gesetzt werden sollte, sich den Sklaven zu kaufen, im letzteren Falle bedeutet er den Zweck und Grund der datio.

Daß bei casueller Unmöglichkeit der auferlegten Leistung die Condiction nicht Platz greift, sofern den Empfänger keine Schuld trifft[3]), entspricht der Regel: cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare l. 5 pr. l. 3 § 3 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. Damit stimmt überein l. 10 C. de cond. ob c. 4, 6: pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. l. 8 C. eod. Bei der einfachen datio ob rem war freilich auch bei casueller Unmöglichkeit die Condictio auf Grund des Reurechts statthaft, l. 3 § 3 D. cit. 12, 4: sed cum liceat

---

[1]) Vgl. v. Savigny, Syst. 4 S. 283: (Beides) ist „unzertrennlich verbunden".

[2]) um einen bloßen Beweggrund handelt es sich auch in l. 25 C. de J. D. 5, 12.

[3]) Die schuldhafte Nichterfüllung gilt übrigens auch als Revocationsgrund. S. hierüber v. Savigny, Syst. 4 S. 234, 284.

poenitere ei, qui dedit, proculdubio repetur id quod datum est. Allein dieser Grund fällt bei der donatio weg, weil diese nicht, wie eine einfache datio ob rem, ein beliebig widerrufliches Rechtsgeschäft, also das Reurecht grundsätzlich ausgeschlossen ist: donationem revocare non potes ... sub obtentu poenitentiae l. 4 C. de revoc. don. 8, 56, l. 3 eod., l. 6, 7 C. de cond. ob caus. dat 4, 6. Damit hängt ferner zusammen, daß, wenn die auferlegte Leistung erst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums vorzunehmen ist, bis dahin die condictio ob causam non secutam ausgeschlossen ist.[1]) In dieser Beziehung macht sich mithin die Schenkungsnatur des Geschäfts geltend im Gegensatz zu der schlechthinnigen datio ob rem l. 3 § 3, l. 5 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

Daß bei letztwilligen Verfügungen die Unmöglichkeit der Auflage dem Honorirten nicht schadet, beruht auf der Erwägung, daß die Erfüllung der Auflage sich nur mit dem Vorbehalt der Möglichkeit versteht: implenda est enim voluntas, si potest, l. 8 § 7 D. de cond. inst. 28, 7, l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45.

In manchen Fällen enthält der beigefügte Modus lediglich einen guten Rath oder bloßen Wunsch und ist ohne Bedeutung.[2])

Ebensowenig gehört hierher der Modus, wo er nur die Begrenzung und nähere Bestimmung eines Rechtsinhalts bedeutet, wie z. B. in l. 4 § 1 D. de serv. 8, 1.

Unzutreffend ist es, den Modus in dem im Obigen vorausgesetzten Sinne, also als Selbstbeschränkung des Willens im Gegensatz zu dies und conditio als „Zweckbestimmung", „Verwendung" oder „Voraussetzung" zu bezeichnen.[3]) Der adäquate Ausdruck dafür ist: Maßgabe.

Die normale Wirkung des Modus ist, wie sich aus dem Obigen ergiebt, die Exceptionswirkung, exceptio doli, analog der exceptio pacti conventi. Bei einem dem Erben (Alleinerben) auferlegten Modus hilft der Prätor von Amtswegen durch Denegation der Erbschaftsklage l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28, 7.[4]) Die directe Erzwingung

---

[1]) l. 18 pr. D. de don. 39, 5 v. Savigny, 4 S. 282—283 findet hier „eine merkwürdige Verschiedenheit" zwischen diesem Fall und anderen Innominatcontracten. In l. 27 § 1 D. mand. 17, 1, l. 5 § 1 D. de cond. c. d. n. s. 12, 4 handelt es sich um ein mandatsähnliches, widerrufliches Verhältniß.

[2]) l. 13 § 2 D. de donat. inter v. et ux. 24, 1, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1, l. 88 § 3 D. de leg. 2 (32). Vgl. v. Savigny, Syst. 3 S. 232. Windscheid, Voraussf. S. 106, 107, 127.

[3]) S. über die beiden ersteren Ausdrücke bereits v. Savigny, Syst. 3 S. 229, 230.

[4]) Einen Modus bilden die letztwilligen Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen; sie haben jedenfalls Exceptionswirkung und können z. B. vom Testamentsvollstrecker wie gegen den Bedachten, so auch gegen dessen Gläubiger geltend gemacht werden. Die Praxis ist der Aufrechterhaltung derselben nicht günstig. Vgl. z. B. Entsch. des Reichsgerichts I Nr. 65, XIV Nr. 73, Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civils. I Nr. 1368, 1369, II Nr. 1258. Selbstverständlich ist es kein Modus, wenn „lediglich" ausgesprochen ist, daß den Gläubigern das Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß nicht zustehen soll.

durch obrigkeitliche Maßnahmen ist außerordentlicher Natur, die Contractsklage nur in gewissen Fällen statthaft.

Bei letztwilligen Verfügungen wird im Wege der hier zulässigen freien Interpretation für den Fall der Nichterfüllung ein eventueller aufhebender Wille suppeditirt.

6. Consequenzen aus der Moduslehre für die alternative Obligation.

Das alternative Obligationsmoment beruht auf einem Nebenwillen bei der Obligationsbegründung. Dieser Nebenwille charakterisirt sich als beide Gliedobligationen verknüpfender Modus, indem er auf Befreiung von der einen nach Erfüllung der anderen gerichtet ist. Dieser eventuelle Aufhebungswille kann bei Stipulationen nicht ipso jure wirken, weil er nicht unter einen der anerkannten directen Aufhebungsgründe fällt; er wirkt vielmehr hier lediglich als modus mittelst exceptio pacti conventi oder doli, obwohl er in den Stipulationsworten seinen unmittelbaren Ausdruck gefunden hat.[1]) Er wird hinsichtlich der Art seiner Wirkung in gleicher Weise behandelt, wie der dies ad quem und die Resolutivbedingung. Der Nebenwille, sofern er sich nicht den Stipulationsgrundsätzen unterordnet, hat nur indirecte Wirkung und ist auf die exceptio pacti oder doli beschränkt.[2])

Dasselbe gilt von der alternativen Obligation aus Vermächtnissen. Hierin ist auch durch Justinian's l. 26 C. de legat. 6, 37 Nichts geändert. Denn mag man auch aus der Vorschrift dieses Gesetzes folgern, daß bei Vermächtnissen, wie der dies ad quem, so auch die Resolutivbedingung und ein auf einen ähnlichen Erfolg abzweckender Modus zu berücksichtigen ist, so versteht sich diese Berücksichtigung nach dem in dem Gesetz selbst gegebenen

[1]) Wie sehr die Stipulation ausdrücklicher oder stillschweigender Nebenbestimmungen fähig war, zeigt l. 40 D. de reb. cred. 12, 1: Pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur (Paulus). l. 4 § 3 D. de pactis 2, 14: Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usurae solverentur, sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, conditionem inesse stipulationi atque si hoc expressum fuisset (Paulus). l. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1: plerumque in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est: nunquam personam, nisi expressa sit (Paulus). l. 134 § 1 D. eod.: Idem respondit, plerumque ea quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio (Paulus). Die Nebenbestimmungen sind nach Paulus integrirende Bestandtheile der Stipulation.

[2]) l. 44 § 1 D. de O. et A. 44, 7: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi: plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit (Paulus). l. 44 § 1 D. eod.: conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti: Centum dare spondes nisi navis ex Asia venerit? sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali (Paulus).

Hinweis doch nur nach Maßgabe der in dieser Hinsicht bei Contracten geltenden Grundsätze, also mittelst exceptio doli.[1])

Für eine directe Wirkung des eventuellen Aufhebungsmodus bleibt daher nur bei Consensualcontracten Raum.

Die Ansicht, daß „bei alternativer Stipulation nach Leistung eines der alternativ geschuldeten Gegenstände der andere ipso jure nicht mehr geschuldet wird" (Pescatore a. a. O. S. 22), hat, abgesehen von dem Fall eines Consensualcontracts, den inneren Grund gegen sich, daß aus der Erfüllung der einen Obligation eine direct aufhebende Wirkung auf die andere sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Aufhebung der Obligationen nicht ableiten läßt, vielmehr die Erfüllung einer Obligation an sich eben nur diese, nicht aber eine andere tilgt, und nicht als Erfüllung einer Obligation gelten kann, auf welche sie sich gar nicht bezieht, ihre etwaige aufhebende Wirkung auf die andere vielmehr einen besonderen Grund verlangt und nur durch concurrirende anderweite Verhältnisse vermittelt werden kann, von deren Beschaffenheit es wieder abhängt, ob die Aufhebung eine directe oder indirecte ist.

Jene Ansicht läßt sich auch nicht quellenmäßig belegen. Ausdrücke: wie alterius solutio totam obligationem interimit, solutione unius rei tota obligatio solvitur, summovetur, liberatio contingit, debitor liberatur können ebensowohl die bloße Exceptionswirkung bedeuten.

In der That wird in l. 27 § 6 D. de pactis 2, 14 die solutio et petitio et acceptilatio unius rei neben dem pactum conventum de una re non petenda als Aufhebungsgrund der tota obligatio aufgeführt.

Auf die alternativen Pendenzfälle bezügliche Aussprüche: is erit solus in obligatione l. 112 pr. D. de V. O. 45, 1; id in dote erit l. 46 § 1 D. de jure dot. 23, 3; haec erit empta l. 25 pr. D. de contr. empt. 18, 1 können für die Aufhebung der alternativen Obligation nicht verwerthet werden.

Die Verknüpfung der beiden Gliedobligationen durch den Nebenwillen bezieht sich zunächst nur auf den Fall der Erfüllung, d. i. der effectiven Leistung des Gegenstands der einen Gliedobligation. Sie muß aber consequent auch gelten für die Fälle, wo ein Erfüllungssurrogat geleistet wird. Die Erfüllungssurrogate: Litiscontestation, Novation und Acceptilation stehen der effectiven Erfüllung gleich, litiscontestatio, novatio, acceptilatio solutioni comparantur l. 7 § 1 D. de liberat. leg. 34, 3, l. 21 D. de accept.

---

[1]) S. hierüber v. Vangerow, Pand. II § 434 Anm. 1. Czyhlarz, Resolutivbed. S. 20. Vgl. über den modus bei letztwilligen Verfügungen überhaupt: l. 8 § 7 D. de cond. inst. 28, 7: Titius heres esto ita ut Stichum manumittat. Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat, l. 7 D. de fideic. lib. 40, 5: legata centum, ita ut servum alienum redimat et manumittat et bonis heredis venditis partem, non totum persequatur l. 48 eod.: Stichum Titio lego vel heres meus dato ita, ut eum Titius manumittat l. 17 D. de usu leg. 33, 2: quae legata peto decuriones et rogo, ne in aliam speciem aut alium usum convertere velitis.

46, 4, l. 31 § 1 D. de nov. 46, 2, l. 23 D de solut. 46, 3. Die Erfüllung bildet daher den principiellen Ausgangspunkt. Wenn zwei Obligationen durch den begründenden Willen dermaßen zu einander in Beziehung gesetzt sind, daß die Erfüllung der einen auch die Aufhebung der anderen bewirken soll, ist folgerecht dieser Wille auch auf die Erfüllungssurrogate zu erstrecken. Wo es dagegen an einem solchen verknüpfenden Willen fehlt und die beiden oder mehren Obligationen, wie z. B. die bloßen Solidarobligationen, unverbunden nebeneinander stehen, ist von selbst die Gleichstellung der Surrogate mit der effectiven Leistung ausgeschlossen, und kann wohl in Folge dieser, wo es sich um einen identischen Gegenstand handelt, wenn sie auf die eine der mehren Obligationen geschieht, wegen der dadurch herbeigeführten Unmöglichkeit nochmaliger Leistung die Aufhebung der anderen Obligationen erfolgen, nicht aber in Folge der Leistung eines bloßen Erfüllungssurrogats, weil dadurch jene Unmöglichkeit nicht herbeigeführt wird.

Im Sinne des alternativen Verpflichtungswillens ist aber zum Eintritt der Befreiung die ganze Leistung des Gegenstands der einen Gliedobligation erforderlich, und hat eine Theilleistung an sich nicht theilweise Befreiung zur Folge. Dagegen ist diese in Folge Acceptilation, pactum de non petendo und Litiscontestation und dergl. möglich, weil dem Gläubiger nicht verschränkt ist, in wirksamer Weise über sein Recht zum Theil zu verfügen.

Für die Construction der alternativen Obligation ergiebt sich aus Obigem Folgendes:

Die alternative Obligation ist ein zusammengesetztes Schuldverhältniß. Sie besteht aus zwei Gliedobligationen mit verschiedenem Object, welche nebeneinander mit der Maßgabe begründet sind, daß zwischen der Erfüllung und Realisirung der einen und der Erfüllung und Realisirung der anderen die Wahl stattfinden soll. In dieser Maßgabe ist die Festsetzung enthalten, daß mit der Erfüllung und Realisirung der einen die Erfüllung und Realisirung der anderen ausgeschlossen sein soll: ein eventueller Befreiungsvertrag oder das Analogon eines solchen.

Die alternative Obligation läßt sich zutreffend als Wahlschuldverhältniß bezeichnen. Denn diese Bezeichnung drückt aus, daß es sich um ein perfectes zweigliedriges Schuldverhältniß handelt, bei welchem eine Wahl getroffen werden soll, eine Wahl, die, da es sich um ein in seinen beiden Gliedern perfectes Schuldverhältniß handelt, sich nur auf die Erfüllung und Effectuirung desselben beziehen kann.

Im Gegensatz dazu werden die Fälle der alternativ pendenten Obligation treffend durch die Bezeichnung: Schuldwahlverhältniß gekennzeichnet. Denn, indem dieser Ausdruck besagt, daß ein Schuldverhältniß gewählt werden soll, setzt er von selbst eine alternative Delation mehrer Schuldverhältnisse voraus, deren objective oder subjective Pendenz erst durch die Wahl gehoben, von denen also eines durch die Wahl erst zur Perfection gebracht werden soll.

Die Ausdrücke: Schuldwahl- und Wahlschuldverhältnisse bezeichnen die beiden Hauptanwendungen der Alternative auf dem Gebiete des Obligationenrechts.

Hieran schließt sich als accessorisches Verhältniß die sog. alternative Ermächtigung (Accessio).

§ 44. Wirkungen.

I. Jus variandi.

Wenn das Wahlrecht des Schuldners aus der Beziehung der Alternative auf den Obligationsbegriff schlechthin folgt, das Wahlrecht des Gläubigers aber nur eine Modification dieser Beziehung bedeutet, also das Wahlrecht in jedem Falle der alternativen Obligation inhärirt, so ergiebt sich hieraus, daß dasselbe, von besonderen Ereignissen abgesehen, wie z. B. casus oder einem Recht und Pflicht auf einen Gegenstand beschränkenden Constitutum, bis zur Aufhebung des Verhältnisses überhaupt fortdauern und bis dahin dem Schuldner die Freiheit, das eine oder das andere zu leisten und dem Gläubiger die Befugniß, das eine oder das andere zu fordern, nothwendig gewahrt bleiben, ihnen also ein jus variandi zustehen muß.[1]) Die bloße einseitige Erklärung, das Eine oder das Andere fordern oder leisten zu wollen, ist daher rechtlich bedeutungslos, sofern sie nicht von dem anderen Theil acceptirt wird und ein das Verhältniß auf einen der beiden Gegenstände fixirendes Pactum zu Stande kommt. Dies muß, wie im römischen, so auch im heutigen Recht gelten. Die bloß einseitige Erklärung, sofern sie nicht zu einem diesbezüglichen Pactum oder zur Realisirung des Schuldverhältnisses überhaupt führt, ist noch kein gültiger Verzicht auf die Wahl und versteht sich von selbst unter dem Vorbehalt des Widerrufs.

Wenn Jhering[2]) für das heutige Recht das jus variandi beseitigt wissen will, weil Nichts mehr darauf ankomme, ob das Wahlrecht, wie z. B. in l. 84 § 9 D. de leg. I (30), ausdrücklich auf das „Wollen" (utrum heres meus volet) gestellt sei oder nicht, und principiell zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung kein Unterschied mehr bestehe, so beruht dies auf Verkennung des Unterschieds zwischen alternativer Obligation und bloßer alternativer Pendenz. Denn, wie oben dargethan, bewirkt der Zusatz: utrum heres meus volet, einen Fall der letzteren Art. Es handelt sich somit in der l. 84 § 9 cit. nicht um eine verschiedenartige Behandlung der stillschweigenden und der ausdrücklichen Willenserklärung,

---

[1]) l. 138 § 1 D. de verb. obl. 45, 1: licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem, l. 21 § 6 D. de act. empt. 19, 1: mutandae voluntatis potestatem eum habere singulisque annis alterutrum praestare posse et quamdiu paratus sit, alterutrum praestare, petitionem non esse.

[2]) Jahrb. f. Dogm. I S. 31 (Ges. Aufsätze I S. 27). Ebenso Demelius, Zeitschr. f. C. u. Proc. N. F. 17 S. 18 flgd.; Regelsberger, Arch. f. c. Prax. 49 S. 208 flgd., vgl. jedoch Jahrb. f. Dogm. 16, S. 170 flgd. Dagegen mit Recht Pescatore S. 182—188.

als wenn jene in der Wirkung dieser nachstehen müßte[1]), sondern um die ganz andere Frage, was die Absicht der Parteien ist, wenn da, wo die Wahl dem Verpflichteten nach der Natur des Rechtsverhältnisses schon ohnehin zusteht, in dem Begründungsact auf sie noch ausdrücklich verwiesen wird. Nach dem Grundsatz, daß eine Willenserklärung im Zweifel so auszulegen ist, daß sie nicht jeder Bedeutung entbehrt, erscheint es ganz sachgemäß, jenen Zusatz in dem Sinne zu verstehen, daß der eigentliche Schuldgegenstand erst durch die Erklärung des Verpflichteten fixirt werden soll. Die Entscheidung der l. 84 § cit. fließt daher aus der Berücksichtigung der wahren oder wahrscheinlichen Absicht der Parteien, und dürfte daher in diesem Sinne auch noch heut maßgebend sein. Sie gehört mithin keineswegs der bloßen Formularjurisprudenz an und muß jene Behandlung der Sache gleichmäßig Platz greifen, mag es sich um formelle Rechtsgeschäfte (Stipulation, Legat) handeln oder nicht.

Auf der Berücksichtigung des Parteiwillens beruhen auch die Aussprüche der Quellen über das Wahlrecht des Gläubigers. Die Wahleinräumung an diesen hat schon an und für sich guten Sinn, indem sie den Inhalt seines Rechts erweitert und besonders qualificirt; sie wird daher naturgemäß dahin zu verstehen sein, daß das Belieben des Gläubigers, ähnlich wie das des schlechthin alternativ verpflichteten Schuldners, bis zur Erfüllung und Realisirung frei bleiben, ihm also ein jus variandi zustehen soll. Soll dagegen der Gläubiger an seine einmal abgegebene Erklärung gebunden sein, so wird es hierzu weiterer Anhaltspunkte bedürfen; diese werden denn auch in den Quellen für erforderlich erachtet. Zunächst wird auf den Wortlaut gesehen und je nachdem dieser ein extensiver oder restrictiver ist, das jus variandi gestattet oder versagt. Als extensiv gilt die Fassung: quem volam im Gegensatz zu der Fassung: quem voluero, die eine einmal abzugebende Erklärung andeutet. Keinen Widerspruch enthält es, daß die Formel: quem volam in l. 84 § 9 cit. restrictiv genommen wird, da es sich hier um eine Wahleinräumung an den Schuldner handelt, die ohne die Restriction mit dem dem Schuldner zustehenden sonstigen Wahlrecht zusammenfallen würde und keinen rechten Sinn hätte. Richtig ist dagegen, daß jene Wortfassungen keinen unbedingt sicheren Anhalt geben und auch die obwaltenden Umstände in Betracht zu ziehen sind.

Aus Allem ergiebt sich, daß die Beseitigung des jus variandi keineswegs durch die principielle Gleichstellung des stillschweigend erklärten Willens mit dem ausdrücklich erklärten geboten wird, jene Beseitigung vielmehr die Verwandlung aller alternativen Obligationen in alternative Pendenzverhältnisse und die gänzliche Verwischung des Unterschieds beider bedeuten würde. Der Natur der Sache nach wird auch wohl noch das heutige Recht den Parteien freistellen müssen, sich der einen oder anderen Art zu bedienen, da sich

[1]) Die Worte der l. 138 § 1 D. de V. O. 45, 1: quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus, quae inest beziehen sich auf den Gegensatz der ausdrücklich gegebenen und der von selbst aus der Natur des Rechtsverhältnisses folgenden Wahl.

daran wichtige praktische Unterschiede, vor Allem in Betreff des periculum knüpfen.

II. Uebergang des Wahlrechts.

Das sog. Wahlrecht muß nach der oben entwickelten Natur desselben sowohl auf Seiten des Schuldners als des Gläubigers mit der Obligation selbst vererblich und cessibel sein. Eine abgesonderte Uebertragung des Wahlrechts ist dagegen unmöglich.

Die in Betreff der Uebertragbarkeit des Wahlrechts früher vielfach verhandelte, jetzt wohl als beseitigt zu erachtende Controverse[1]) wurde durch l. 76 pr. D. de V. O. 45, 1 veranlaßt. Diese Stelle betrifft jedoch nur einen Fall alternativer Pendenz, indem die für den Gläubiger bedungene Wahl die Bedeutung hat, daß das definitive Leistungsobject durch Erklärung des Gläubigers bestimmt werden soll, diese Erklärung somit zur Perfection des Forderungsrechts gehört: Si stipulatus fuerim: illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est (et ideo servo vel filio talis electio cohaeret), in heredes tamen transit obligatio et ante electionem mortuo stipulatore (Paulus). Der Stipulator muß in dem vorausgesetzten Falle die Entscheidung persönlich treffen, weil die Perfection der Obligation von seiner persönlichen Erklärung abhängig gemacht ist, jedoch tritt, wenn er vor Abgabe der Erklärung verstorben ist, der Erbe an seine Stelle, weil die Stipulation immerhin eine causa bonorum enthält und in dieser Beziehung der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers repräsentirt. Durch einen Procurator oder Cessionar kann die Entscheidung nicht getroffen werden. Ist diese von vornherein einem Dritten übertragen, so wird, falls dieser stirbt, bevor er sie getroffen hat, die Obligation hinfällig. Dasselbe gilt, wo ein stipulirender Haussohn oder Sklave sich die Wahl vorbehalten hat. Der Erbe des etwa inzwischen emancipirten Haussohnes oder freigelassenen Sklaven kann selbstverständlich statt dessen die Entscheidung nicht treffen, weil es sich für ihn um keine causa bonorum handelt, in Bezug auf vorzunehmende bloße Facta der Erbe den Erblasser nicht repräsentirt. Ebensowenig kann der Gewalthaber selbst statt des Sohnes oder Sklaven wählen, da es sich um eine res facti handelt, auf die ihm ein Recht nicht erworben wird.

Mehre Erben des wahlberechtigten Gläubigers oder Schuldners müssen sich über die Wahl vereinigen, andernfalls entscheidet nach l. 3 pr. § 1 C. communia de legatis 6, 43 das Loos.

III. Klagerecht: nec alterum peti potest, utique quamdiu utrumque est, Paulus l. 44 § 3 D. de O. et A. 44, 7. Der Gläubiger darf, wenn ihm nicht die Wahl zusteht, nur alternativ klagen. Nach § 33 J. de act. 4, 6 Gaj. IV § 53a hat es bei alternativ geschuldeten certae res eine Formel gegeben: si paret illam aut illam rem dare oportere: Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat homi-

---

[1]) S. darüber Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte § 24 S. 266 flgd. (3. A.).

nem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere i. e. ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Wie aus l. 75 § 8 D. de V. O. 45, 1 hervorgeht, war es streitig, ob die alternative Stipulation, wenn der Gläubiger sich nicht die Wahl vorbehalten hatte, ein certum oder incertum ist. Die Ansicht, welche sich für Ersteres entschied, scheint die ältere und danach die vorerwähnte Formel in Gebrauch gewesen zu sein, wogegen nach der anderen neueren, auch von Ulpian vertretenen Ansicht die Formel der condictio incerti: quidquid dare facere oportet Platz greifen mußte.[1])

Wenn von einem Gegenstande ein Theil geleistet ist, so kann der fehlende Theil nicht schlechthin, sondern nur alternativ mit dem anderen Gegenstande, ebenso, wenn Theile von beiden Gegenständen geleistet sind, nur alternativ die fehlenden Theile beider Gegenstände gefordert werden.

IV. Erfüllung: Alterius solutio totam obligationem interimit, Paulus l. c.

Mit der vollständigen Erfüllung einer Gliedobligation erlischt das ganze Schuldverhältniß.[2]) Hieraus folgt,

1) daß die Erfüllung nicht auf beide Glieder vertheilt werden kann und ferner bloße Theilleistung eines Gegenstands an sich noch keine theilweise Befreiung wirkt. Die Wirkung der Theilleistung verbleibt vielmehr im Zustande der Pendenz, der, sei es durch Leistung des fehlenden Theils, sei es durch volle Leistung des anderen Gegenstands bezw. Oblation desselben, entschieden wird. Die Rückforderung (condictio) des geleisteten Theils ist erst statthaft, wenn die Pendenz sich im letzteren Sinne entschieden hat. Insbesondere ist auch nicht vorher die condictio ob causam (rem) dati zulässig, da auch, ob res non secuta, vorher nicht entschieden ist.

Insbesondere würde „die in der Anstellung der condictio liegende Erklärung der Willensänderung" keineswegs eine nochmalige Aenderung des Willens und somit auch nicht[3]) den Erfolg der Theilleistung vorweg ausschließen.[4]) Sobald der andere Gegenstand voll geleistet, ist aber nicht bloß

---

[1]) Einseitig will Puchta, Instit. § 165 zu Note mm die Gajusstelle nur im Sinne der letzteren Ansicht verstehen — gegen den Wortlaut und Zusammenhang: itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet und im Widerspruch mit der Institutionenstelle! Vgl. Keller, Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. 15 S. 144 flgd.; v. Savigny, Syst. 5 S. 618 Beil. 14 Note c.

[2]) l. 2 § 1, 2 D. de V. O. 45, 1, l. 85 § 4 D. eod., l. 26 § 13, 14 D. de cond. ind. 12, 6. l. 8 § 2 D. de leg. 1° (30). l. 25 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

[3]) wie Pescatore S. 163 glaubt.

[4]) Die Ansicht, daß es der Leistung resp. des Angebots des anderen Gegenstands zur Begründung der Condictio nicht bedürfe, ist daher unrichtig. Es kommt auf die Entscheidung der Pendenz an. Hierauf deutet auch l. 2 § 1 D. de V. O. 45, 1 unmittelbar hin: nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur, d. h. entweder geschieht sofort die andere Leistung, alsdann ist die Pendenz entschieden und die Condictio begründet, oder die andere Leistung wird ausgesetzt, dann bleibt, bis sie erfolgt, die Wirkung der Theilleistung unentschieden und die Condictio ist noch nicht begründet.

der Zweck der früheren Theilleistung vereitelt, sondern überhaupt ihre rechtliche causa hinterher weggefallen, und wird sie nunmehr nachträglich zu einem wirklichen indebitum, wie auch l. 26 § 13 D. de cond. indeb. 12, 6 besagt: posse condicere quasi indebita. sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur (Ulp.). In dem in dieser Stelle weiterhin erwähnten Fall einer condictio ist denn auch die vollständige Leistung des anderen Gegenstandes voraufgegangen: si post soluta quinque et Stichus solvatur. Die Klage ist selbstverständlich nicht die condictio indebiti, sondern die condictio sine causa. Ist aber diese einmal begründet, so kann der Gläubiger sich der Rückgewähr der Theilleistung selbst unter Verzicht auf die Mehrleistung und Erbieten der Rückgabe des anderen Gegenstands nicht entbrechen (l. 26 § 13 cit.).

Aus dem obigen Grundsatz folgt:

2) daß, wenn beide alternativ geschuldeten Gegenstände geleistet werden, nothwendig bezüglich des einen ein indebitum vorliegt, und, falls die Leistung aus einem Irrthum über den Modus der Verpflichtung geschah, die condictio indebiti begründet ist. Diese Consequenz muß Platz greifen, ohne Unterschied, ob beide Gegenstände gleichzeitig (simul) oder nacheinander geleistet wurden.

Wie l. 10 C. de cond. ind. 4, 5 berichtet, war hierbei unter den klassischen Juristen streitig, ob das Wahlrecht dem früheren Gläubiger oder dem früheren Schuldner zustehe.

Celsus[1]), Marcellus und Ulpian entschieden zu Gunsten des Ersteren als des nunmehr Verpflichteten, Julianus und Papinian hingegen zu Gunsten des Letzteren unter Hinweis auf sein früheres Wahlrecht (qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, l. 10 § 1 cit.).

Die Zuerstgenannten erachteten es offenbar nicht als ungerechtfertigte Bereicherung, wenn der Gläubiger den Gegenstand behielt, der ihm gefiel („quod sibi placuerit"), da er ihn ja auf Grund der Obligation, also ex justa causa erhalten hatte.[2])

Die Letztgenannten mußten hingegen die Qualification dieser causa als causa alternativa urgiren, also, daß der Gläubiger keine völlige justa causa für sich hat, wenn er wider den Willen des Schuldners behält, was dieser ihm in Unkenntniß seines Wahlrechts geleistet hat. Diese Ansicht hat die Consequenz für sich, da, weil der Schuldner im Irrthum über den

Dies war auch von jeher die herrschende Meinung, s. die Citate bei Vangerow III § 567 Anm. 2, II, [1]). Sonderbarerweise will Pescatore S. 165 derselben die Consequenz imputiren, daß der „Gläubiger nach erfolgter theilweiser Leistung es in der Hand hätte, die Entstehung des Rückforderungsrechts durch Verweigerung der Annahme der vollständigen Leistung zu vereiteln!"

[1]) cfr. l. 26 § 13 D. de cond. ind. 12, 6: Celsus ... putat ... utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium (Ulpianus).

[2]) cfr. l. 1 § 3 D. de cond. sine c. 12, 7, l. 25 D. de act. rer. am. 25, 2.

Charakter seiner Verpflichtung, auf Grund einer vermeintlich cumulativen statt der alternativen Verpflichtung geleistet hat, an sich jede der beiden Leistungen condicirbar ist, so jedoch, daß die Condiction der einen die Condiction der anderen ausschließt. Mit Recht ist daher die andere Ansicht in der l. 10 C. cit. verworfen.[1])

Die Condiction fällt fort, wenn beide Gegenstände oder einer derselben ohne Schuld des früheren Gläubigers untergehen, da dieser nunmehr einen Gegenstand und diesen ex justa causa hat, l. 32 pr. D. de cond. ind. 12, 6: Cum is qui Pamphilum aut Stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet; id enim remanebit in soluto, quod superest (Julianus libro 10 Dig.).

In keinem Zusammenhange mit der vorerwähnten Controverse stehen die Entscheidungen in l. 19 D. de leg. 2 (31): si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit (Celsus libro 18 Dig.) und l. 32 § 3 D. de cond. ind. 12, 6: qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit (Julian. libro 10 Dig.). Es handelt sich in beiden Stellen um Fälle, wo aus Irrthum über den Charakter der Verpflichtung nur einer der alternativ geschuldeten Gegenstände geleistet ist. Principmäßig mußte hier — und darüber konnte wohl unter „klassischen" Juristen keine Meinungsverschiedenheit sein — die Condiction zugelassen werden, weil auf Grund einer ganz verschiedenartigen Verpflichtung, nämlich unter der irrthümlichen Annahme einer einfachen Obligation statt der in Wahrheit vorhandenen alternativen bezw. generischen geleistet, der geleistete Gegenstand mithin ein solcher war, den der Schuldner nicht, wie er irrthümlich annahm, nothwendig leisten mußte. Es fehlte hier somit ganz und gar an der Voraussetzung, welche der vorerwähnten Controverse zum Ausgangspunkt diente, nämlich, daß von den beiden geleisteten Gegenständen nothwendig einer geleistet und dem Gläubiger belassen werden mußte, so daß nur noch das Recht zu der in dieser Beziehung zu treffenden Auswahl in Frage kam.[2])

Es deutet denn auch keine Spur darauf, daß der in l. 32 § 3 D. cit. ausgesprochene Grundsatz irgendwie controvers war; vielmehr wird derselbe von Julian als durchaus feststehend vorgetragen und auch von Pomponius für den umgekehrten Fall, wo in der irrigen Annahme einer alternativen Verpflichtung geleistet war, unbedenklich angewendet in l. 19

---

[1]) Es handelt sich somit um eine consequente Durchführung des auf der Billigkeit ruhenden Princips der Condictio, nicht, wie Pescatore, S. 174, meint, um einen Streit der röm. Juristen über die Voraussetzungen der condictio indebiti, d. h. über das Princip selbst. Gegen die in der Compilation verworfene Ansicht haben sich auch die bei Pescatore S. 174 Note 7 angeführten Schriftsteller erklärt.

[2]) Dies verkennt Pescatore S. 168.

§ 3 D. de cond. ind. 12, 6: Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cum Stichum debeam, et Pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum: nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse, welche letzteren Worte auch die Supposition einer etwaigen datio in solutum zurückweisen. Die abweichende Entscheidung für den Fall der l. 19 cit. (31) muß daher mit Windscheid aus der vorjustinianeischen Eigenthümlichkeit des Damnationslegats erklärt werden[1]), wonach bei diesem die condictio indebiti schlechterdings ausgeschlossen war, und enthält sonach l. 19 cit. obsoletes Recht.

In keiner Beziehung zu den hier erörterten Fragen steht endlich l. 21 D. de cond. ind. 12, 6: Plane si duos reos non ejusdem pecuniae, sed alterius obligationis constitueris, utputa Stichi aut Pamphili, et pariter duos datos, aut togam vel denaria mille, non idem dici poterit in repetitione ut partes repetant, quia nec solvere ab initio sic potuerunt. igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur.

Jeder der gleichzeitig leistenden Correalschuldner hat die condictio sine causa, weil der Rechtsgrund seiner Leistung durch die Leistung des Mitschuldners hinfällig geworden ist. Für den Erfolg der condictio entscheidet unter ihnen die Präoccupation. Der Gläubiger kann durch Rückgabe bezw. Angebot des einen Gegenstands an einen der Schuldner die Condictio abwenden.[2])

Daß für den Fall, wo die Leistung beider Gegenstände nicht gleichzeitig, sondern successiv geschehen war, nach der Auffassung von Celsus, Marcellus und Ulpian, wie Pescatore S. 167—168 meint, die „zuerst vollzogene Leistung schlechthin als debite, die zweite als indebite" geschehen angesehen werden mußte, ist unhaltbar, da hierin eine Principlosigkeit liegen würde, wie sie bei „klassischen" Juristen nicht erwartet werden darf. Denn so lange es bei der einen zuerst geschehenen Leistung verblieb, war die Condiction sehr einfach damit gerechtfertigt, daß der Schuldner nicht gerade zu dieser Leistung verpflichtet gewesen war. Der Zweifel wird erst möglich, sobald auch die andere Leistung geschieht, da sich nun fragt, welche von beiden als indebite geschehen anzusehen ist.

Muß hiernach die Unterscheidung zwischen gleichzeitiger und successiver Leistung als völlig irrelevant bezeichnet werden, und wird dies auch durch das von einer derartigen Unterscheidung ganz absehende Referat der l. 10 C. cit. bestätigt, so wird man dem „utroque simul soluto" des Celsus in der l. 26 § 13 D. cit. 12, 6 eine besondere gegensätzliche Bedeutung ebensowenig beilegen können, als die Entscheidung Julian's in l. 32 pr. D. cit. 12, 6

---

[1]) Gaj. II § 283, Ulp. XXIV, § 33, cfr. Paul. S. R. I, 19 § 1, Gaj. II § 282, IV §§ 9, 171, § 7 J. de obl. q. e. c. 3, 27. A. M. Pescatore S. 168 Note 1.

[2]) v. Vangerow, Pand. III § 569 will in der 21 D. cit. 12, 6 eine Ausnahme von dem in der l. 10 C. cit. festgestellten Princip sehen. Dagegen mit Recht Pescatore S. 170.

wegen der Worte: cum is, qui simul utrumque solverit, im Gegensatz zur successiven Leistung zu verstehen ist, bei dieser vielmehr die Entscheidung genau in demselben Sinne ausfallen müßte. Der Fall des simul utrumque wird offenbar nur deßhalb ponirt, weil er der einfachere, nächstliegende ist.

V. Sonstige Tilgungsarten:

1) Compensation mit einer compensablen Gliedobligation ist unter Voraussetzung des Wahlrechts statthaft, andernfalls es auf die Entschließung des wahlberechtigten Gegners bezüglich der Geltendmachung bezw. Erfüllung der compensablen Gliedobligation ankommt. Lediglich der diesbezüglichen Entschließung, nicht aber gerade des Einverständnisses mit der Compensation[1]) bedarf es, wie l. 22 D. de comp. 16, 2 besagt: Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset (Scaevola). Schon die bloße Erklärung des Gegners, daß er den compensablen Gegenstand verlange, genügt, sofern der Schuldner in Anschluß daran und bevor der Gläubiger seinen Willen ändert — denn das jus variandi steht ihm bei der Formel utrum volet zweifellos zu — von seinem mit jener Erklärung vermittelten Compensationsrecht Gebrauch macht, da ja auch, wenn er zufolge jener Erklärung wirklich zahlte, seine Befreiung eintreten würde. Die Wirkungen der Compensation bestimmen sich nach dem Zeitpunkt jener Erklärung.

2) Acceptilation, Novation und Litiscontestation[2]) bezüglich eines Gegenstandes beseitigen das ganze Schuldverhältniß. Auch theilweise Acceptilation und Litiscontestation sind möglich.[3])

Dasselbe gilt 3) vom pactum de non petendo[4]), sofern dieses nicht nach der Absicht der Parteien sich auf die eine Gliedobligation beschränkt.

4) Das ganze Schuldverhältniß erlischt endlich durch casuellen Untergang beider Gegenstände, l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1: Si emptio ita facta fuerit: *est mihi emptus Stichus aut Pamphilus,* in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est. et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur. unus enim utique periculo emptoris vixit. idem dicendum est etiam, si emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset emptum haberet, non et illud, an emptum haberet (Paulus).

---

[1]) wie Pescatore S. 139 meint.

[2]) l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14.

[3]) l. 17 D. de accept. 46, 4.
Ueber die nicht entgegenstehende l. 13 § 6 D. eod. 46, 4 vgl. Pescatore S. 176 Note 3.

[4]) l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14.

Daß hier der Käufer bei Untergang beider Gegenstände zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, beruht auf der objectiven Nothwendigkeit, daß ihn jedenfalls für einen der Gegenstände die Gefahr trifft, dieser Fall aber schlechterdings eintritt, sobald beide Gegenstände untergehen, während, so lange nur ein Gegenstand untergegangen war, der Käufer noch die Gefahr von sich ablehnen konnte.[1])

Bemerkenswerth ist, daß für diesen Erfolg es gleich gilt, ob dem Verkäufer oder Käufer die Wahl zusteht, sofern nicht die dem Letzteren gegebene Wahl alternative Pendenz bewirkt, und ferner, ob die Gegenstände gleichzeitig oder nacheinander untergehen.

§ 45. Aufhebung der Alternative (Reduction).

Die alternative Obligation kann sich auf ein Glied reduciren, so daß sie sich ihrem Charakter oder doch ihrer Wirkung nach in eine einfache Obligation verwandelt. Dies geschieht: 1) durch pactum de non petendo[2]) und 2) constitutum debiti[3]) bezüglich eines der beiden Gegenstände, 3) durch einen die Obligation bezüglich des einen Gegenstandes aufhebenden Vertrag [contrarius consensus][4]), 4) durch unverschuldete Unmöglichkeit bezüglich des einen Gegenstandes.

Nach dem Inhalt der alternativen Obligation soll schlechterdings der eine von beiden Gegenständen geleistet werden. Dieser Inhalt bleibt erfüllbar, auch wenn nur noch ein Gegenstand vorhanden ist. Unerheblich ist, daß das Wahlrecht dem Schuldner verloren geht; denn dieses ist nur Folge jenes Inhalts, ihm also nicht über-, sondern untergeordnet. Das Wahlrecht besteht nur, so lange beide Gegenstände noch vorhanden („quamdiu ambo vivunt“ l. 2 § 3 D. de eo quod c. loc. 13, 4), andernfalls würde der Schuldner unter dem Hinweis, daß er den untergegangenen Gegenstand habe leisten wollen, den Obligationsinhalt: von Zweien Eins! vereiteln können. Er muß daher schlechterdings den noch vorhandenen anderen Gegenstand leisten.

Mit Unrecht behauptet die herrschende Meinung, daß im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit dem Schuldner freistehe, den Gläubiger mit dem Werth der unmöglich gewordenen Leistung abzufinden, und sich dadurch von der noch möglichen Leistung zu befreien.[5]) Diese Meinung — sowohl in ihrer Beschränkung auf den Fall unverschuldeter Unmöglichkeit als mit ihrer Ausdehnung auf den Fall verschuldeter Unmöglichkeit unter der Maßgabe,

---

[1]) Vgl. das ähnliche Verhältniß oben S. 76.

[2]) l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14.

[3]) l. 25 pr. D. de pec. const. 13, 5: non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere. l. 27 § 6 D. de pact. 2, 14.

[4]) l. 4 D. de resc. vend. 18, 5.

[5]) Z. B. Unterholzner, Schuldverh. I S. 520; Mommsen, Beiträge I S. 315 Note 3; Fuchs, Arch. f. civil. Prax. 34 S. 237 flgd. u. A.

daß der Werth der unmöglich gewordenen Leistung hinter dem der noch möglichen zurückbleibt[1]) — entbehrt zunächst jedes inneren Halts und beruht auf einer unrichtigen Auslegung der von ihr angerufenen Quellenzeugnisse: l. 95 § 1 D. de solutionibus 46, 3: Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit. enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur (Papinianus).

l. 47 § 3 D. de leg. 1 (30): Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem. totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnino praestandum, fortassis vel mortui pretium. sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, *si in potestate ambo redirent*, sed *si vel alter*: et *vel ipsum* vel *absentis aestimationem praestandam* (Ulp.).

Zunächst erklärt sich die letztere Stelle folgendermaßen: Zufolge freierer Interpretation nahm man bei Vermächtnissen an, daß, falls die Beschaffung des vermachten Gegenstands dem Onerirten nicht leicht möglich war, der Testator ihm nicht hat Verlegenheiten bereiten und eventuell ihn nur zur Werthleistung hat verpflichten wollen, so daß zu dem principalen Vermächtniß ein eventuelles Vermächtniß[2]) auf den Werth hinzutritt. Freilich setzt der Eintritt des letzteren voraus, daß dem Onerirten in Bezug auf das erstere keine schuldbare Säumniß zur Last fällt, in welchem Fall er zur vollen Interesseleistung verpflichtet ist. Dieser Grundsatz führt in Anwendung auf das alternative Vermächtniß und in Anbetracht, daß die Setzung der Alternative die Erleichterung des Onerirten bezweckt, zu der Consequenz, daß, wenn bei dem einen Vermächtnißgegenstand Schwierigkeiten der gedachten Art obwalten (z. B. si servus in fuga vel apud hostes), an dessen Stelle die Werthleistung tritt, so daß dem Onerirten die Wahl zwischen der Naturalleistung des vorhandenen oder der Werthleistung bezüglich des nicht erreichbaren Gegenstands bleibt. Denn, daß dem Onerirten diese Wahl bleibt, ist durch den Zweck der gesetzten Alternative geboten: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Diese Wahl muß ihm intentionsgemäß auch verbleiben, wenn der eine Gegenstand gänzlich untergeht, sofern ihm nicht irgendwelche Zögerung oder ein sonstiges

[1]) Z. B. Vangerow, Pand. 3, § 569 S. 22. Windscheid, Pand. 2 § 255 Anm. 13, 14 u. A.

[2]) S. Cohnfeldt, Interesse S. 234.

Verschulden zur Last fällt. Qua ratione placuit: alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium, d. h. es ist der vorhandene Gegenstand schlechterdings, bisweilen auch der Werth des untergegangenen zu leisten: wenn der Onerirte nämlich ohne Schuld, steht Beides in seiner Wahl. Nach dem Zusammenhang der Stelle ist die Werthleistung in diesem Falle nicht bloß Pflicht, sondern auch Recht des Onerirten. Der neuerdings von Pescatore S. 230 versuchten Interpretation, wonach jene Worte sich auf eine schlechthinnige Verpflichtung zur Werthleistung und zwar auf den Fall beziehen sollen, daß „der Beschwerte den Tod des einen Sklaven verschuldet hatte und nun der andere ohne sein Verschulden umkommt", steht entgegen, daß in der Stelle gerade das Wahlrecht des Beschwerten festgehalten und davon ausgegangen wird, daß ihm kein Verschulden zur Last fällt, sowie endlich, daß in jenem unterstellten Falle es sich gar nicht mehr um eine Verpflichtung aus dem Legat, sondern um eine Haftung ex dolo handeln würde, während die Stelle gerade die verschiedenen Wirkungen des Legats: die Natural-, Werth- und Cautionsleistung erörtert.

Für die sog. Abfindungsbefugniß des Schuldners bietet jedenfalls die Stelle keine Stütze. Der Irrthum der herrschenden Meinung beruht auf einer Verkennung des eventuellen auf Werthleistung gerichteten Vermächtnißwillens und fließt im Wesentlichen aus derselben Quelle, als das Dogma, daß aus Obligationen bei unverschuldeter, aber nicht schlechterdings befreiender Unmöglichkeit statt des vollen Interesses nur der Werth der Sache zu leisten sei.

Ebensowenig läßt sich die herrschende Meinung aus l. 95 § 1 cit. rechtfertigen. Die Stelle besagt, daß die alternative Obligation, wenn der wahlberechtigte Schuldner durch seine culpa den Untergang des einen Gegenstandes verursacht hat, sich auf den anderen, noch vorhandenen Gegenstand fixire und insbesondere der Schuldner sich nicht durch Leistung des Werths des untergegangenen Gegenstands bezw. des Interesse befreien könne, da hier die Analogie des vorher im pr. der Stelle besprochenen Falles, wo der Gläubiger wahlberechtigt war und von seinem Wahlrecht bereits Gebrauch hatte, der Schuldner mithin bei Untergang des Gegenstands bereits in Verzug gesetzt war, nicht zutreffe, vielmehr in einem solchen Falle es sich lediglich um ein Recht des Gläubigers[1]) handele, den Werth bezw. das Interesse für den nach Eintritt des Verzuges untergegangenen Gegenstand zu fordern, indem bezüglich des letzteren die Obligation perpetuirt sei. In dem fraglichen, im § 1 der l. 95 cit. zu Grunde liegenden Falle habe der Schuldner es sich selber zuzuschreiben, wenn er durch seine culpa sich außer Stande gesetzt hat, den etwa geringerwerthigen Gegenstand zu leisten, und nunmehr schlechterdings den noch vorhandenen höherwerthigen leisten muß. Diesen Sinn haben die Worte: neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id (d. h. die Interesseleistung für den unter-

[1]) cfr. Basil. XXVI, 5, 95: *τὸ γὰρ ἀπαιτεῖσθαι τὴν τιμὴν τοῦ τελευτήσαντος εἰς ποινὴν ὡρίσθη τοῦ ὁμολογήσαντος.*

gegangenen Gegenstand in dem vorerwähnten Falle) pro petitore in poenam promissoris constitutum est. Der Satz: si forte longe fuit vilior deutet nur das factische Motiv[1]) an, aus welchem dem Schuldner die Werthleistung erwünscht sein mag. Das Argumentum: daß der Gläubiger, falls der untergegangene Gegenstand ebensoviel oder gar mehr werth als der noch vorhandene, sich damit begnügen muß, wird durch den Grundgedanken der Perpetuation ausgeschlossen. Die etwaige Gleich- oder Mehrwerthigkeit des untergegangenen Gegenstands könnte wieder nur ein factisches Motiv für den Gläubiger sein, sich mit dem Werthe des letzteren abfinden zu lassen. Das Resultat: daß die fragliche Abfindungsbefugniß dem Schuldner nicht zusteht, findet denn auch in einer ganzen Reihe anderer Stellen[2]) seine Bestätigung, nach denen die alternative Obligation durch casuellen Untergang des einen Gegenstands sich in eine einfache Obligation auf den anderen, noch vorhandenen Gegenstand verwandelt. Dieser Satz liegt in der Natur der Sache und verträgt keine Ausnahmen. Es ist keine wirkliche Ausnahme, daß die ganze Obligation bei Untergang auch nur eines Gegenstandes erlischt, wenn jeder Gegenstand nur unter der Bedingung oder rechtlichen Voraussetzung (conditio facti oder juris) geschuldet wird, daß der andere noch existirt, wie z. B. bei der alternativen condictio indebiti, wenn irrthümlich beide Gegenstände geleistet sind. Das Erlöschen der ganzen Obligation in diesen Fällen ist nicht sowohl Folge der eingetretenen Unmöglichkeit der einen Leistung, als vielmehr Folge der Bedingung, die mit jener Unmöglichkeit deficirt.

Lediglich einen Fall casueller Unmöglichkeit enthält der concursus duarum causarum lucrativarum. Die Obligation bleibt betreffs des dem Gläubiger nicht verschafften Gegenstandes bestehen, sofern nur nicht jeder der beiden Gegenstände unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung geschuldet wurde, daß dem Gläubiger der eine nicht schon anderweit zufalle.

Die partielle Unmöglichkeit der einen Leistung, insbesondere auch die Verschlechterung des einen Gegenstands beseitigt ebenso wie die totale Unmöglichkeit das Wahlrecht des Schuldners: er muß den noch vorhandenen anderen unversehrten Gegenstand leisten, und hat auch, im Fall ihn kein Verschulden trifft, nicht die Befugniß, durch Hergabe des verschlechterten Gegenstands sich zu befreien.

Sind beide Gegenstände verschlechtert, und beide Leistungen partiell unmöglich geworden, so ist das Residuum des weniger beschädigten Gegen-

---

[1]) Fuchs, Arch. f. civ. Prax. 34 S. 238.

[2]) Von besonderer Beweiskraft ist l. 55 D. ad leg. Aquil. 9, 2, die nothwendig die Abfindungsbefugniß ausschließt. Ferner: l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1: ... uno mortuo, qui superest, dandus est, l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 9 § 2 D. de fundo dot. 23, 5; l. 16 pr. D. de V. O. 45, 1; l. 33 § 1 D. de sol. 46, 3, cfr. l. 32 pr. D. de cond. ind. 12, 6; l. 11 § 1 D. de leg. 2 (31); l. 128 D. de V. O. 45, 1; l. 72 § 4 D. de sol. 46, 3; l. 15 D. de duob. reis 45, 2. S. über alle diese Stellen die gründlichen Erörterungen bei Pescatore S. 202—216.

standes, nicht nothwendig das werthvollere Residuum zu leisten, da es dem principmäßig zu leistenden unversehrten einen Ganzen am nächsten kommt. Eine weitere Reduction tritt ein, wenn nur das Residuum eines Gegenstandes vorhanden ist, indem alsdann die Obligation sich auf dieses beschränkt.

Der von Windscheid (Pand. § 225) für die sog. Concentrationsfälle der alternativen Obligation aufgestellte Satz, daß nach erfolgter Concentration auf Einen Leistungsinhalt „auch alle anderen rechtlichen Folgen eintreten, welche eingetreten sein würden, wenn die Obligation von Anfang an nur diesen einen Leistungsinhalt zum Gegenstand gehabt hätte", läßt sich für die eigentliche alternative Obligation nicht aufrechterhalten, da das Factum, daß einmal ein alternativer Leistungsinhalt bezw. zwei Obligationen in alternativem Verhältniß bestanden haben, nicht in Abrede zu stellen ist und auch in mehrfacher Beziehung rechtliche Bedeutung äußert, z. B. in der Haftung des Schuldners aus dem dolus, wenn bei ihm zustehender Wahl und vor Eintritt der Mora der eine Gegenstand durch seine culpa, demnächst der andere casuell untergegangen ist (Fall der l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3) und umgekehrt bei Berechnung des Interesse des Schuldners, wenn umgekehrt der Untergang des einen Gegenstandes ante moram durch Schuld des Gläubigers verursacht ist (Fall der l. 55 D. ad leg. Aquil. 9, 2).

Unverfänglich, aber auch überflüssig wäre jener Satz, wenn er nur bedeuten soll, daß nach bindend erfolgter Wahl der Schuldner „in Beziehung auf den gewählten Leistungsinhalt durch Eintritt schuldloser Unmöglichkeit" befreit wird.[1]) Demnach würde er sich nur rechtfertigen lassen in Anwendung auf die Fälle der bloßen alternativen Pendenz, indem nach eingetretener Entscheidung thatsächlich nur eine und zwar einfache zurückzuziehende Obligation existent wird.

In allen diesen Reductionsfällen (constitutum, pactum de non petendo, contrarius consensus, casuelle Unmöglichkeit, concursus causarum lucrativarum) macht es keinen Unterschied, ob dem Schuldner oder Gläubiger die Wahl zusteht: Recht und Pflicht beschränken sich auf den verbliebenen, nicht ausgeschiedenen Gegenstand.

§ 46. Prästation von culpa und mora.

I. Culpa.

Für die Prästationspflicht ist zu unterscheiden, ob dem Schuldner oder dem Gläubiger die Wahl zusteht.

a. Prästationspflicht bei Wahlrecht des Schuldners.

Das Wahlrecht hat hier die Bedeutung, daß, wenn durch eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners der eine Gegenstand untergeht, dies keine culpa darstellt, weil es an der objectiven Voraussetzung dazu: der Ver-

[1]) Windscheid § 255 Note 6.

letzung der Obligation als solcher fehlt, indem der Schuldner nicht verpflichtet war, gerade den untergegangenen Gegenstand zu leisten. Es ist deßhalb die Perpetuation der Obligation bezüglich desselben ausgeschlossen und diese auf den noch vorhandenen Gegenstand reducirt, so daß nunmehr die Grundsätze der Prästation von culpa und casus, wie bei einer einfachen Obligation, zur Anwendung kommen.

Geht demnächst der andere Gegenstand casuell unter, so wird der Schuldner, da eine Perpetuation seiner Leistungspflicht nicht eintreten kann, von dieser zweifellos befreit. Die von ihm bewirkte Vernichtung des ersten Gegenstandes stellt sich nun aber als eine Schädigung des Gläubigers heraus, deren möglicher Eintritt ihm bewußt sein mußte. Sein Thun oder Lassen charakterisirt sich daher, wenn auch nicht als Verletzung seiner Leistungspflicht, da eine solche bezüglich jenes Gegenstandes nicht schlechthin bestand (cum ... non commiserit stipulationem, l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3), so doch als eine frivole, muthwillige Schädigung des Gläubigerinteresse, als dolus (tamen non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit, l. 5 § 2 D. qui et a quib. 40, 9). Der Gläubiger konnte sich daher schadlos halten und zwar bei einem stricti juris negotium mittelst der actio doli, bei einem bonae fidei negotium mit der Contractsklage selbst, quia dolus bonae fidei judiciis inest. Dem dolus ist aber nur die lata culpa, nicht jede andere Handlung oder Unterlassung gleichzustellen, die unter der Voraussetzung einer schlechthinnigen Leistungspflicht als vertretbare culpa zu qualificiren wäre, da objectiv eben eine Verletzung der Leistungspflicht nicht vorliegt. Die Schadloshaltung besteht in der Interesseleistung wegen des vernichteten Gegenstands, wobei dem Schuldner der Nachweis gestattet sein muß, daß der Gegenstand ohnehin (z. B. wegen einer im Keime vorhandenen, erst nachträglich constatirten Krankheit) untergegangen sein würde.

Inconsequent ist die Meinung[1]), daß die Entschädigungsklage nur auf die aestimatio des minderwerthen Objects, mag dieses das culpos oder casuell vernichtete sein, gehe. Denn da dem Gläubiger wegen des casus, von welchem später der andere Gegenstand betroffen wurde, gerade der vom Schuldner vernichtete Gegenstand zu leisten gewesen wäre, so muß, wenn in dieser Hinsicht sein Recht durch den Dolus des Schuldners vereitelt ist, der Schadensersatz gerade für diesen durch den Schuldner vernichteten Gegenstand geleistet werden.

Geht der eine Gegenstand casuell, der andere später in Folge einer culpa des Schuldners unter, so ist schlechterdings wegen des letzteren das Interesse zu leisten, ohne daß dem Schuldner freistände, den Gläubiger mit dem Werth des ersteren abzufinden.[2])

Sind beide Gegenstände durch culpa des Schuldners untergegangen, so hat die Interesseleistung, falls dies zu verschiedenen Zeiten geschah, für den

[1]) z. B. Vangerow § 569 S. 22, A. Richtig Zimmern, Arch. f. civ. Prax. I S. 318.

[2]) A. M. Vangerow a. a. O. S. 22, 23, B.

zuletzt untergegangenen, bei gleichzeitigem Untergange aber nach Wahl des Schuldners für den einen oder anderen zu geschehen.

b. Steht dem Gläubiger die Wahl zu,

so verletzt der Schuldner durch culpose Vernichtung des einen oder anderen Gegenstands das Recht des Gläubigers und muß die Obligation in dem Bestande perpetuirt werden, in welchem sie sich ohne die culpa des Schuldners befunden hätte, weil im Allgemeinen der Schuldner nicht befugt ist, in willkürlicher Weise die Obligation in ihrer Beschaffenheit und ihrem Bestande zu alteriren, der seiner Willkür bei der alternativen Obligation sonst gebliebene Spielraum und die Folge daraus, daß die culpose Vernichtung bloß eines Gegenstands für sich allein noch keine Obligationsverletzung darstellt, aber wegfällt, wo ihm die Wahl genommen und dem Gläubiger gegeben ist. Gerade also der Mangel des Wahlrechts in seiner Person ist der Grund der Perpetuation seiner alternativen Verpflichtung. Er haftet daher dem Gläubiger nach dessen Wahl entweder zur Leistung des vorhandenen Gegenstandes oder zur Interesseleistung wegen des untergegangenen oder, falls beide durch seine culpa untergegangen sind, zur Interesseleistung wegen des einen oder anderen.

II. Mora.

a. Falls dem Schuldner das Wahlrecht zustand,

verpflichtet sein Verzug zur Schadloshaltung nur bis zu dem Betrage, den das Interesse des Gläubigers bezüglich der einen wie der anderen Leistung erreichte.

Die Ansicht[1]), daß der Schuldner durch den Verzug sein Wahlrecht an den Gläubiger verliert, ist, wie überhaupt, so auch in ihrer Einschränkung auf alternative Vermächtnisse[2]) oder auf den Fall alternativer Ortsbestimmung[3]) unhaltbar, da ihr einerseits innere Gründe nicht zur Seite stehen, andererseits die für sie angezogenen Stellen nicht beweisen.

Die Entscheidung der l. 11 § 1 D. de leg. 2 (31): si non dixerit heres (sc. eo die, quo testamentum meum recitatum erit), Pamphilum an Stichum dare malit, perinde obligatum eum esse puto ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit (Pomp.) bezieht sich nicht auf den Fall einer alternativen Obligation, sondern auf den Fall alternativer Pendenz, so daß durch Erklärung die Obligation erst

---

[1]) z. B. Glück IV S. 417. Schweppe, Lehrb. § 379, Mejer in Schweppe's Handb. § 379, Zimmern, Arch. f. civ. Pr. I S. 327. S. dagegen Mommsen, Beiträge III S. 260 Anm. 7. Greiffenhagen, altern. Obl. S. 40 flgd.

[2]) z. B. Puchta, Pand. § 529 zu n, Vangerow, II § 549 zu 2b, Sintenis, Civilr. § 217 zu Anm. 38. S. dagegen Pescatore S. 191.

[3]) z. B. Thibaut, Syst. § 99, de Brassier, p. 31 sqq. S. dagegen Vangerow III § 569 S. 20 u. Pescatore S. 189.

zur Perfection gelangt und beruht die Befugniß des Legatars, statt des Erben die Wahl zu treffen, auf einem zu supponirenden eventuellen Willen des Testators.

Nicht beweisend ist ferner l. 25 § 17 D. famil. erc. 10, 2: is qui impedit hoc judicio ceteris quanti intersit eorum damnabitur. idem est, si e contrario unus ex heredibus, a quibus generaliter homo legatus est quem ipsi elegerint, noluerit consentire, ut praestetur, quem solvi omnibus expediebat et ideo conventi a legatario judicio pluris damnati fuerint (Paulus).

Es handelt sich hier ebenfalls um ein erst durch die Wahlerklärung der Erben zu perficirendes Vermächtniß. Aus dem Umstand, daß die Verurtheilung zu einem höheren, d. h. den Betrag desjenigen Sklaven, dessen Auswahl durch den Dissens des einen Miterben vereitelt wurde, übersteigenden Betrage erfolgte, läßt sich nun allerdings schließen, daß die Wahlbefugniß auf den Berechtigten übergegangen sein mußte, da sonst, d. h. wenn den Erben die Wahl noch freigestanden hätte, die Verurtheilung nicht auf den höheren Betrag hätte gehen können. Es folgt jedoch hieraus Nichts für den Uebergang der Wahl auf den Berechtigten bei einer eigentlichen alternativen Obligation.

Daß endlich im Fall alternativer Bestimmung des Erfüllungsorts schlechterdings dem Gläubiger die Wahl zusteht, wo er klagen will, und dies auch dann, wo mit der alternativen Ortsbestimmung eine alternative Bestimmung des Obligationsgegenstandes combinirt ist, wird ohne Rücksicht auf eine etwaige Mora des Schuldners in der l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4 durch die objective Erwägung gerechtfertigt, daß andernfalls, d. h. wenn die Wahl des Orts bei dem Schuldner stände, nicht bloß der Erfüllungsort, sondern die Wirksamkeit der Obligation überhaupt dem Belieben und der Laune des Schuldners anheimgegeben sein würde: (nec) sit in ipsius arbitrio, an debeat. . . . proinde mixta rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem (Ulp.).

Die mora solvendi ist somit hier ohne Einfluß.

Bei mora accipiendi wird der wahlberechtigte Schuldner durch demnächstigen, vor etwaiger purgatio morae erfolgenden casuellen Untergang befreit und zwar ipso jure l. 105 D. de V. O. 45, 1: nam is (sc. Massurius Sabinus) recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari[1]) (Javolenus).

Die ipso-jure-Befreiung ist regelrecht, wo der Zufall den Obligationsgegenstand selbst betrifft, wogegen da, wo das dem Gläubiger offerirte Erfüllungsobject (z. B. die zur Erfüllung einer generischen Obligation dargebotene individuelle Sache, die zur Tilgung einer Geldschuld offerirte Summe)

---

[1]) sc. mortuo vel alias perdito servo, Gl. continuo] ad l. 105 cit.

nach der mora des Gläubigers ohne culpa des Schuldners untergeht, diesem nur eine exceptio doli mali zusteht.[1])

b. Bei Wahlrecht des Gläubigers

verpflichtet die mora solvendi den Schuldner nicht nur zur Leistung des Verzugsinteresse, sondern auch zur Prästation des casus bezüglich des vom Gläubiger geforderten Gegenstands, sofern nicht vor dem Untergang desselben der Gläubiger, wozu er bis dahin befugt war, seinen Willen geändert hatte, l. 95 pr. D. de solut. 46, 3: Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille, qui decessit praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset (Papinianus).

Nach dem Untergang des gewählten Gegenstandes kann von einem weiteren Wahlrecht überhaupt nicht mehr die Rede sein. Es gilt hier analog der Satz der l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4 dahin: eligere posse, quod petat, quamdiu ambo vivunt.

Mit Pescatore S. 256 dem Gläubiger auch noch nach dem Untergang des gewählten Gegenstandes die Wahl zu verstatten, widerstreitet dem allerdings von Pescatore verkannten Wesen der alternativen Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers.[2]) Gegenüber dem decidirten Ausspruch der l. 95 pr. cit. ist es unstatthaft, denselben mit Pescatore auf den Fall zu beschränken, wo der Gläubiger auch nach dem Untergang des Gegenstandes „bei der einmal getroffenen Entscheidung stehen geblieben ist."

Wo bei alternativer Pendenz die Entscheidung in die Hand des Gläubigers gelegt ist, kann, nachdem diese einmal getroffen, von einer Aenderung derselben ohnehin nicht die Rede sein.

Ohne allen Einfluß auf das Wahlrecht des Gläubigers ist seine mora accipiendi.

Ungerechtfertigt ist es sowohl, in diesem Fall das Wahlrecht auf den Schuldner übergehen zu lassen, als Letzterem die Befugniß zu geben, dem Gläubiger durch den Richter eine Frist für die Ausübung des Wahlrechts setzen zu lassen, nach deren fruchtlosem Ablauf er mit seinen Ansprüchen

---

[1]) l. 84 § 3 D. de leg. 1 (30); l. 6 D. de doli mali exc. 44, 4; l. 73 § 2 D. de V. O. 45, 1; l. 72 pr. D. de solut. (46, 3). Wenn es in letzterer Stelle, nachdem vorher von der exc. doli die Rede gewesen war, im Gegensatz dazu heißt: Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus et is servus decessit aut nummos obtulit eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso jure desinet teneri, so ist dies wieder ganz regelrecht, und zwar nicht bloß betreffs des Dotalsklaven, sondern auch betreffs der Dotalsumme, da durch deren Angebot nicht bloß die Frau in mora accipiendi versetzt, sondern auch der nunmehrige Dotalgegenstand fixirt, herausgestellt, also individualisirt wurde. cfr. l. 10 § 6 D. de jure dot. 23, 3. Ohne Noth finden hier „Schwierigkeiten" Mommsen, Beiträge I S. 307 Note 37 und Pescatore S. 193 Note 8.

[2]) Es zeigt sich auch an dieser Consequenz die Unrichtigkeit des von Pescatore eingenommenen Standpunkts der electiven Klagenconcurrenz.

präcludirt sein soll. Die für diese Ansicht[1]) in Bezug genommenen Vorschriften der l. 6, l. 7, l. 8 pr. D. de optione leg. 33, 5 haben den Fall der optio legata, also einen Fall alternativer Pendenz zur Voraussetzung, und haben nur für diesen innere Berechtigung, da durch die Verzögerung der optio sowohl der Erbe bei der dinglichen Wirkung dieses Legats in seinen Dispositionen fortwährend behindert als auch die Ansprüche anderer Berechtigter (z. B. Desjenigen, dem die von dem Andern nicht gewählten Gegenstände zufallen sollen) völlig in's Ungewisse gestellt werden würden. Derartige Rücksichten lassen sich nicht geltend machen, wo, wie bei der eigentlichen alternativen Obligation, wirkliche Rechte bereits erworben sind, indem der wahlberechtigte Gläubiger hier ebensowenig wie im Allgemeinen sonst zur Rechtsausübung gezwungen werden darf.

Jene Ansicht erscheint daher auch mit Beschränkung[2]) auf alternative Vermächtnisse nicht haltbar.

§ 47. Bürgschaft für alternative Obligationen

ist an sich zulässig. Die Erfordernisse dazu bestimmen sich 1) durch das Princip der Identität der res, 2) durch die Accessionsqualität der Bürgschaftsobligation.

Aus der Identität der res zwischen Haupt- und Nebenobligation folgt, daß letztere nicht auf einen Gegenstand gerichtet sein kann, der nicht zugleich Gegenstand und Glied der ersteren wäre. Von Seiten des Identitätsprincips besteht kein Hinderniß, die Bürgschaft auf ein Glied der Alternative zu beschränken, z. B. si a reo Stichum aut Pamphilum, a fidejussore Stichum interrogem l. 34 D. de fidej. 46, 1.[3]) Ebensowenig beeinträchtigt es die Identität, daß, wo der Hauptschuldner und der Bürge schlechthin alternativ verpflichtet sind, möglicherweise der Eine den einen und der Andere den anderen Gegenstand leisten könnte. Denn rechtlich kommt nur die wirkliche Leistung in Betracht: Ist der eine Gegenstand früher geleistet, so ist die Obligation auch bezüglich des anderen erloschen; werden gleichzeitig beide geleistet, so greift das Recht zur Rückforderung Platz, cfr. l. 21 D. de cond. ind. 12, 6. Jene Möglichkeit und daß der Eine Dies, der Andere Jenes leisten wollte, sind rechtlich völlig bedeutungslos. Auch daran ist kein Anstoß zu nehmen, daß möglicherweise der Eine einen Theil des einen, der Andere einen Theil des anderen Gegenstands leistet, cfr. l. 34 § 10 D. de sol. 46, 3: Si decem aut hominem dari stipulatus fuero et duos fidejussores accepero Titium et Maevium et Titius quinque sol-

---

[1]) welche z. B. Kohler, in Jhering's Jahrb. Bd. 17 S. 363 und Dernburg, Preuß. Priv. IV § 29 Anm. 18 annehmen.

[2]) in welcher z. B. Windscheid, III § 661 zu Anm. 4 und Pescatore S. 257 sie gelten lassen wollen.

[3]) Diese logische Folge aus dem Begriff der Identität der res verkennt Hasenbalg, Bürgschaft S. 171 flgd.

verit, non liberabitur. quod si Maevius partem hominis solverit, uterque obligatus remanebit (Julianus).

Anders verhält es sich im Fall alternativer Pendenz, wo die Entscheidung über die Perfection der Obligation nicht dem Bürgen neben dem Hauptschuldner gegeben werden kann, vielmehr eine Difformität entstehen würde, wenn jeder die Alternative in anderem Sinne entscheiden könnte. Auf einen Fall dieser Art bezieht sich l. 38 pr. D. de fidej. 46, 1: Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem, utrum promissor voluisset, non possum fidejussorem ita accipere: Stichum aut Pamphilum, utrum fidejussor vellet, quia futurum esset in ejus potestate alium velle, quam reus voluisset (Marcellus).[1])

Aus der Accessionsqualität der Bürgschaft folgt, daß sie nicht auf ein Mehres und Schwereres (deterior causa) als die Hauptobligation hinauslaufen darf.

Ob melior oder deterior causa vorliegt, ist quaestio facti. Die Quellen liefern folgende Anhaltspunkte: Wenn die Hauptobligation alternativ auf zwei Gegenstände lautet, die in gleicher Weise dem Untergang ausgesetzt sind (aut Stichum aut Pamphilum), so ist es melior causa, wenn der Bürge nur schlechthin auf einen dieser Gegenstände verpflichtet wird, weil der Nachtheil, daß ihm die Wahl zwischen beiden Gegenständen fehlt, durch den Vortheil überwogen wird, daß er bei Untergang des einen von ihm übernommenen vollständig befreit wird, l. 34 D. de fidej. 46, 1: utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione? an in meliorem? quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest (Paulus).

Lautet dagegen die Hauptobligation auf decem aut Stichum, die Bürgschaft aber schlechthin auf decem, so ist offenbar deterior causa für den Bürgen, weil hier der Mangel des Wahlrechts in's Gewicht fällt.[2]) Ebenso ist es deterior conditio, wenn der Gläubiger dem Bürgen gegenüber sich die Wahl ausbedingt, und umgekehrt melior conditio, wenn der Gläubiger sein Wahlrecht dem Bürgen gegenüber cessiren läßt und ihm die Wahl einräumt, l. 8 § 9, 10 D. de fidej. 46, 1: Contra antem si is qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fidejussorem ita accipiet: decem aut hominem, utrum tu voles? fit enim, inquit, hoc modo fidejussoris conditio melior (Ulp.).

---

[1]) Auf einer Verkennung der Natur des in dieser Stelle behandelten Falles beruht die Interpretation von Hasenbalg a. a. O.

[2]) Wie ein naheliegendes argumentum a contrario aus l. 8 § 8 D. de fidej. 46, 1 bestätigt: eo casu non fit ejus (sc. fidejussoris) durior conditio, sc. si pro reo, qui decem promiserit. ita acceptus est: ut decem aut Stichum promittat. Mit Unrecht meint Pescatore S. 149 Note 10, daß im Fall der l. 34 cit. darauf kein Gewicht zu legen sei, daß der Gegenstand, auf den der Bürge schlechthin haftbar gemacht ist, dem casuellen Untergang ausgesetzt sei, vielmehr Paulus von der Auffassung ausgehe, „daß der Bürge den in der Möglichkeit der Wahl liegenden Vortheil schon von vornherein durch Verpflichtung zu der ihm weniger lästigen Leistung sich gewahrt habe!"

In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall handelt es sich bloß um eine anderweite Normirung des Wahlrechts, nicht um alternative Pendenz.

§ 48. Culpa des Gläubigers

wirkt auf den Bestand der alternativen Obligation wie casus, also bald reducirend, bald gänzlich befreiend, gleichviel ob der Gläubiger oder Schuldner die Wahl hat.

Bezüglich der Ersatzpflicht des culposen Gläubigers ist zu unterscheiden zwischen der Interesseleistung nach den allgemeinen Grundsätzen und der Interesseleistung unter Berücksichtigung der besonderen Bestimmungen der lex Aquilia.

I. Nach allgemeinen Grundsätzen hat,

a. falls dem Schuldner die Wahl zusteht,

der Gläubiger für den zerstörten Gegenstand das volle Interesse zu leisten, worin auch der etwaige Mehrwerth des noch übrigen, nunmehr schlechterdings zu leistenden[1]) Gegenstands oder das sonstige Mehrinteresse an demselben einbegriffen ist, während, wo durch die culpa des Gläubigers beide Gegenstände untergehen, der Schuldner nach seiner Wahl das Interesse für den einen oder anderen Gegenstand fordern kann.

Geht der eine Gegenstand casuell unter, sei es vor oder nach der culposen Vernichtung des anderen, so fällt — unbeschadet eines etwaigen commodum medii temporis — die Ersatzforderung gegen den Gläubiger weg, weil ihm der vernichtete Gegenstand, wenn er noch vorhanden wäre, geleistet werden müßte.

b. Falls dem Gläubiger die Wahl zusteht,

so gilt Folgendes:

Zunächst ist als principlos die Meinung[2]) abzuweisen, daß der Gläubiger unbedingt das von ihm vernichtete Object sich als empfangen anrechnen lassen müsse und kein Recht mehr auf das übriggebliebene Object habe.

Das Recht auf dieses Object besteht vielmehr fort, da es an jedem Grunde für den Wegfall desselben fehlt.[3]) Verlangt der Gläubiger dieses Object, so ist er zum Schadensersatz für das durch seine culpa vernichtete Object verbunden. Andererseits kann er dieser Verpflichtung durch Verzicht-

---

[1]) Unrichtig meint Vangerow § 569, I, 3, „daß der Schuldner auch das Recht hat, die übriggebliebene Sache zu behalten und den Werth der vernichteten Sache dem Gläubiger als Zahlung anzurechnen."

[2]) Thibaut, Syst. § 85 a. E. und in Braun's Erörterungen S. 114 mit Bezug auf l. 105 D. de V. O. 45, 1, l. 72 D. de solut. 46, 3. Andererseits kann auch nicht von Fortdauer des Wahlrechts des Gläubigers die Rede sein, da dies eben durch die Vernichtung des einen Objects weggefallen ist.

[3]) So richtig Vangerow III § 569 S. 26.

leistung auf den vorhandenen Gegenstand entgehen, da ihm der vernichtete Gegenstand auf sein Verlangen hätte geleistet werden müssen, und ein Schaden — abgesehen von einem etwaigen Zeitinteresse — für den Schuldner nur unter der Voraussetzung entsteht, daß der Gläubiger den vorhandenen Gegenstand fordert. Letzterer hat es also in seiner Hand, durch seinen Verzicht die Schadensforderung des Schuldners zu beseitigen.[1])

Eine schiefe Auffassung aber ist es, wenn man behauptet: daß es dem Gläubiger noch freistehe, das auf den untergegangenen Gegenstand „gerichtet gewesene Forderungsrecht" oder die „aestimatio" dieses Gegenstands zu wählen oder denselben „als empfangen sich anrechnen zu lassen.[2])

Gehen beide Gegenstände gleichzeitig oder nacheinander durch culpa des Gläubigers unter, so hat er für einen derselben nach seiner Wahl Ersatz zu leisten.

Geht der eine Gegenstand durch casus, der andere durch culpa des Gläubigers unter, so fällt die Ersatzforderung unbeschadet eines etwaigen commodum temporis weg.[3])

II. Interesseleistung nach der lex Aquilia.

Der Satz: daß der Beschädiger zur Leistung des höchsten Werths, d. h. des höchsten Interesse, verpflichtet war, welches der Beschädigte an dem vernichteten Gegenstand innerhalb des letzten Jahres bezw. Monats gehabt hatte, führt für die alternative Obligation zu folgenden abweichenden Resultaten:[4])

a. Bei Wahlrecht des Schuldners.

Vernichtet der Gläubiger beide Gegenstände und zwar gleichzeitig, so kann der Schuldner nicht nur das höchste, innerhalb der betreffenden Fristen sich ergebende Interesse für einen derselben nach seiner Wahl, sondern auch bezüglich des andern die Differenz zwischen dem höchsten Interesse und dem Interesse zur Zeit der Vernichtung fordern, oder, wie das v. Vangerow (a. a. O. S. 25) ausdrückt: „der Schuldner fordert für beide Objecte ganz nach den Principien der lex Aquilia vollen Schadensersatz und bringt davon nur den Sachwerth des mindestwerthen in Abzug."

Werden beide Gegenstände nacheinander vom Gläubiger vernichtet, so ist die Ersatzforderung für den zuerst vernichteten nach dem höchsten Interesse vorab und schlechthin begründet, für den später vernichteten aber nur bis zum Betrage der Differenz zwischen dem höchsten Interesse und dem Interesse

---

[1]) Vgl. Mommsen I S. 317, der dem Schuldner das Recht auf Befreiung oder Werthersatz giebt.

[2]) Zimmern a. a. O. S. 333 flgd.; Pescatore S. 262.

[3]) So auch Pescatore S. 262, der jedoch bei seiner Polemik gegen Vangerow übersieht, daß dieser an Schadensersatz nach den Grundsätzen der lex Aquilia denkt, wobei der Hinweis auf das Wahlrecht den Gläubiger insoweit nicht befreit, als die Entschädigungssumme das wahre Interesse übersteigt.

[4]) Vgl. v. Vangerow III S. 23—25, 27—28.

zur Zeit der Vernichtung. Wird also zuerst der mehrwerthige, z. B. Pamphilus im Werthe von 20, demnächst, innerhalb eines Jahres bezw. Monats, der minderwerthige, z. B. Stichus im Werthe von 10, vernichtet, so ist, wie v. Vangerow a. a. O. S. 25 richtig berechnet, als Ersatz außer dem Interessebetrage von 20 für den Ersteren noch für den Letzteren der Betrag von 10 als derjenige Betrag zu leisten, um welchen das höchste Interesse, das der Schuldner an Letzterem innerhalb des Jahres hatte, sein Interesse bezw. den Werth zur Zeit der Vernichtung übersteigt. Denn wäre die Vernichtung innerhalb des Jahres zu einer Zeit erfolgt, wo der Erstere noch vorhanden war, so würde das damalige Interesse an dem Letzteren den Mehrwerth des Ersteren bezw. das Mehrinteresse an demselben in sich geschlossen haben.[1]) Dieser dem Schuldner günstigste Zeitpunkt ist aber gerade der aquilischen Schätzung zu Grunde zu legen und zwar gleichviel, ob der minderwerthige Gegenstand vor oder nach dem höherwerthigen durch die Culpa des Gläubigers untergegangen ist. Dies sagt denn auch Paulus am Schluß der l. 55 D. cit.: Et sufficiet, (hunc Stichum) fuisse pluris, quum occideretur vel intra annum. Hac quidem ratione etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse. Das aquilische Interesse ist ein rein hypothetisches: nämlich ein solches, wie es zu leisten gewesen wäre, wenn die Vernichtung innerhalb des Jahres zu dem dem Schuldner günstigsten Zeitpunkt erfolgt wäre. Hierbei ist gleichgültig, ob der höherwerthige Gegenstand casuell oder durch culpa des Gläubigers untergegangen ist.

b. Das Wahlrecht des Gläubigers

hat die Bedeutung, daß, wenn er einen der alternativ geschuldeten Gegenstände vernichtet, er sich darauf berufen kann, daß ihm dieser auf sein Verlangen hätte geleistet werden müssen und er daher nur zum Ersatz des etwaigen sonstigen den Sachwerth übersteigenden Interesse verpflichtet ist.

Durch das Wahlrecht des Gläubigers ist ferner ausgeschlossen, daß das Interesse an dem von ihm culpos vernichteten minderwerthigen Gegenstande den Mehrwerth des anderen umfaßt, da er ja die Leistung des letzteren verlangen konnte.

Zufolge des aquilischen Schätzungsprincips hat auf die Ersatzpflicht des Gläubigers, falls durch ihn einer der alternativ geschuldeten Gegenstände vernichtet ist, der Umstand, daß demnächst der andere Gegenstand casuell untergegangen ist, keinen Einfluß, da die Zeit rückwärts von der culposen Vernichtung gerechnet wird, in dieser rückwärts liegenden Zeit aber der andere Gegenstand noch vorhanden war und also der nach den allgemeinen Grundsätzen der Interesseleistung allerdings statthafte Einwurf des Gläubi-

---

[1]) Dies übersieht Pescatore S. 235 Anm. 7 bei seinem Einwurf gegen die Rechnung Vangerow's.

[2]) Weitere Combinationen ergeben sich, wenn mehr als zwei Gegenstände disjunctiv geschuldet wurden.

gers, daß mit Rücksicht auf den späteren casuellen Untergang des anderen Gegenstands der vorher von ihm vernichtete der alleinige Schuldgegenstand gewesen wäre, hier wegfällt.

§ 49. Einzelne Fälle und Grenzfälle.

I. Die Begründung einer alternativen Obligation durch Rechtsvorschrift unterliegt principiell keinem Bedenken.

So hat der Commodatar, der wegen schuldhaften Verlustes der Sache dem Commodanten den Werth bezahlt hat, wenn die Sache demnächst wieder an den Commodanten gelangt ist, nach l. 17 § 5 D. comm. 13, 6 einen Anspruch auf Hergabe der Sache oder Rückerstattung des gezahlten Werthes: Labeo ait, contrario judicio aut rem mihi praestare te debere aut, quod a me accepisti, reddere. Es liegt keine Veranlassung vor, hier eine bloße facultas alternativa anzunehmen, da beide Leistungen gleich principale Bedeutung haben, und die eine nicht mehr und nicht weniger als die andere zur Ausgleichung des Zahlenden geeignet ist.

Der Gesichtspunkt der grundlosen Bereicherung würde nicht eine alternative Verpflichtung zu beiden Leistungen, sondern nur die Verpflichtung zu einer derselben: zur Rückerstattung des Gezahlten, und andererseits der Gesichtspunkt, daß der Zahlende die Rechte eines Käufers erlange, nur die Verpflichtung zur Hergabe der Sache rechtfertigen.[1]) Die Entscheidung der l. 17 cit. erklärt sich vielmehr aus einer bei der Zahlung zu unterstellenden stillschweigenden Abrede der Parteien: im Fall der Wiedererlangung die Sache zu geben oder den Preis zurückzuzahlen. Die Wahl hat, wie sonst, der Verpflichtete, d. i. der Commodant. Die Entscheidung ist jedoch nur auf den Fall zu beziehen, wo der Commodatar ohne Proceß gezahlt hatte, da, falls es zur Verurtheilung gekommen war, wie bei der Vindikation, so auch bei der actio commodati (l. 5 § 1 D. comm. 13, 6), mit der Zahlung der Litisästimation käufliche Ueberlassung angenommen wurde[2]), und demgemäß bei Wiedererlangung der Sache nur ein Anspruch auf deren Verabfolgung stattfinden konnte.[3])

Eine wirklich alternative Verpflichtung kraft Rechtssatzes entsteht ferner aus der widerrechtlichen Beerdigung eines Todten auf fremden Acker, l. 7 D.

---

[1]) Beide Gesichtspunkte vermischt v. Savigny, Obl. I 395, 396.

[2]) l. 1, 3 D. pro emt. 41, 4. l. 46, 47, 63 D. de R. V. 6, 1.

[3]) l. 2 D. de cond. sine c. 12, 7 giebt dem Walker, der für die bei ihm fortgekommenen Gegenstände ex locato conventus den Werth ersetzt hat, bei Wiederauffindung derselben schlechthin den Anspruch auf Rückerstattung des Gezahlten ex conducto und wird daneben noch die Zulässigkeit sogar der condictio sine causa in Betracht gezogen. Die Worte ex locato conventus lassen m. E. darüber keinen Zweifel, daß erst in Folge der Verurtheilung gezahlt ist, da sie sonst ohne alle Bedeutung wären. Die Verurtheilung selbst konnte aber nur unter einem stillschweigenden Vorbehalt für den Fall des Wiederauffindens der Gegenstände ergehen, woraus sich die Zulässigkeit der condictio sine c. ergiebt (Anders: Windscheid, Voraussf. S. 13) und ferner erklärlich wird, daß nicht mit der Leistung der Litisästimation der Walker als Käufer angesehen wurde.

de relig. 11, 7. Die beiden Leistungspflichten: den Leichnam wieder zu entfernen oder den Werth der Ackerstelle zu ersetzen, sind einander coordinirt.

II. Auszuscheiden aus dem Gebiet der alternativen Obligation sind diejenigen Fälle, in denen zwei verschiedene Berechtigungen zu einander in dem Verhältniß stehen, daß die Geltendmachung der einen die andere ausschließt und absorbirt, der Grund hiervon jedoch ein anderer ist, als bei der alternativen Obligation.

Hierher gehören: 1) das Wahlrecht des Käufers bei den ädilicischen Klagen, das Wahlrecht des Verkäufers in Folge der lex commissoria, ferner alle sonstigen Wahlrechte, die aus einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Vorbehalt des Rücktritts entspringen.[1]) Die Berechtigungen, die hier zur Wahl stehen, beruhen auf entgegengesetzten Voraussetzungen: einerseits auf dem Bestehenbleiben und Festhalten des Geschäfts, andererseits auf Aufhebung und Rücktritt von demselben. Jede dieser Berechtigungen ist schon nach Grund und Voraussetzung unverträglich mit der anderen und versteht sich deßhalb im Fall der Geltendmachung der einen die Ausschließung der anderen von selbst. Ihr Verhältniß zu einander ist vergleichbar demjenigen zweier Rechte, die unter entgegengesetzten Bedingungen begründet sind.[2])

2) Die Ausschließung der einen Berechtigung durch die Geltendmachung der anderen kann ferner darauf beruhen, daß die cumulative Geltendmachung beider der Billigkeit widerstreiten würde. So wird im Fall der l. 1 C. de furtis 6, 2, wo Sklaven ihrem Herrn Geld entwendet und einem darum wissenden Dritten mit dem Auftrag übergeben hatten, dafür Ankäufe zu machen, nur die Wahl zwischen der actio furti bezw. condictio furtiva und der actio mandati gegeben: neque enim aequitas patitur ut et criminis causam persequaris et bonae fidei contractum impleri postules.

3) Von zwei an sich zuständigen Klagen darf in gewissen Fällen nur eine geltend gemacht werden, weil damit dem Interesse des Verletzten genügend Rechnung getragen sei. So wird Demjenigen, der zur Abwendung eines ihm gedrohten ungerechten Processes ein Geldopfer gebracht, in l. 5 § 1 D. de calumn. 3, 6 nur die Wahl zwischen den an sich begründeten beiden Klagen: condictio ob turpem causam und actio de calumnia zugesprochen mit der Motivirung: puto sufficere alterutram actionem. Ebenso wird dem bestohlenen Reisenden nur die Wahl zwischen der civilen und der prätorischen Klage: actio furti und actio de receptis

---

[1]) Auch die Prämiengeschäfte bilden keine alternative Obligation. Es handelt sich bei ihnen lediglich um Rücktrittsrechte und zwar bei dem Vorprämien-, Rückprämien- und zweischneidigen Prämiengeschäft um den Rücktritt von dem Geschäft überhaupt, bei der Stellage, wo zwischen Geben und Nehmen, also zwischen Erfüllung des Verkaufs und Erfüllung des Kaufs die Wahl zusteht, um das Aufgeben einer dieser beiden Chancen und der darauf bezüglichen Seite des Geschäfts.

[2]) Z. B. l. 27 D. de leg. 2, l. 9 pr. D. de opt. leg. 33, 5, l. 9 D. de V. O. 45, 1.

gegeben in l. 6 § 4 D. nautae 4, 9 mit dem Hinweis: exceptio dabitur: ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur, cfr. l. 3 § 5 eod.: sed magis est ut vel officio judicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.

Aehnlich läßt § 16 J. de oblig. q. ex del. 4, 1 nur die Wahl zwischen actio commodati und furti.

Während in den zu 1 genannten Fällen die Ausschließung der einen Berechtigung durch die Geltendmachung der anderen aus der gegensätzlichen Natur beider mit Nothwendigkeit folgt, indem beide auf entgegengesetzten Gründen und Voraussetzungen beruhen, bieten die zu 2 und 3 erörterten Fälle die Erscheinung dar, daß zwei Klagerechte, die ihrer Natur nach nebeneinander realisirbar sind, durch Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsrücksichten in ein ausschließendes Verhältniß zu einander gesetzt werden.

Erwägt man ferner, daß in den Fällen der sog. electiven Klagenconcurrenz der Grund der gegenseitigen Ausschließung in der Identität der res liegt, d. i. in dem Satze: daß, wofür Jemand durch eine Klage bereits Befriedigung erlangt hat, nicht noch einmal Befriedigung mit einer anderen Klage verlangt werden kann, so ergiebt sich das wichtige Resultat: daß für die rechtliche Natur zweier Ansprüche der Umstand, daß der eine durch die Geltendmachung des anderen ausgeschlossen und absorbirt wird, für sich allein nicht entscheidend ist, vielmehr auf den Grund des Ausschließungs- und Absorptionsverhältnisses zurückzugehen ist.

Bei der alternativen Obligation beruht dieses Verhältniß lediglich auf dem beide Gliedobligationen in Form des modus verknüpfenden Nebenwillen. Für diesen Nebenwillen aber ist nur Raum bei zwei Obligationen, die nicht bereits aus anderen Gründen — sei es ihrer Natur nach, sei es durch die Beschaffenheit ihres Grundes, sei es durch Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsrücksichten — zu einander in einem ausschließenden Verhältniß stehen.

Bemerkenswerth ist endlich, daß die Ausschließung, wie beim modus, so in den zu 2 und 3 aufgeführten Fällen durch exceptio und officium judicis geltend gemacht wird, l. 3 § 5, l. 6 § 4 D. nautae 4, 9.

D. Accessorische Alternative.

§ 50.

Dem Schuldner kann die Befugniß beigelegt sein, statt des Geschuldeten ein Anderes zu leisten (sog. alternative Ermächtigung, facultas alternativa, obligatio facultativa, richtiger: Facultativleistung) oder an einen Anderen an Stelle des Gläubigers zu leisten (Fall des solutionis causa adjectus). Ebenso kann dem Gläubiger freigestellt sein, statt des Geschuldeten ein Anderes zu fordern (alternative Ermächtigung des Gläubigers, richtiger: Facultativforderung).

Gemeinsam diesen Fällen ist der accessorische Charakter der freigestellten Leistung oder Forderung. Sie bilden sämmtlich Erweiterungen der Principalobligation.

1) Unter den Gesichtspunkt der accessio stellt daher Paulus in l. 44 § 4 D. de O. et A. 44, 7 den Fall des solutionis causa adjectus, sowie den combinirten Fall, daß statt des Gegenstandes der Hauptobligation ein anderer Gegenstand an eine andere Person als den Gläubiger zu leisten ist: Accessio vero in obligatione aut personae aut rei fit: personae, cum mihi aut Titio stipulor: rei, cum mihi decem aut Titio hominem stipulor.

2) Nicht minder fällt die alternative Ermächtigung unter den Begriff der Accessio. Was ist es Anderes als eine accessio, wenn, wie im Fall der l. 57 pr. D. de solut. 46, 3 „decem in melle" stipulirt werden? und es ist gewiß nicht zufällig, wenn in unmittelbarem Anschluß an diesen Fall in l. 57 § 1 cit. der Fall des solutionis c. adjectus folgt.

Accessio ist ein Zusatz zu einer Willenserklärung, durch welche der Berechtigte gehalten ist, die an eine andere Person statt an ihn geschehene Leistung und die Leistung eines anderen Gegenstandes anstatt des geschuldeten als Erfüllung gelten zu lassen. Bei Verträgen bedeutet dieser Zusatz ein pactum conventum, kraft dessen der in Gemäßheit desselben verfahrende Schuldner ope exceptionis befreit wird. Gleichgültig, ob dieser Zusatz als formlose conventio oder als schriftliche cautio neben der Stipulation vorkommt oder mit den Stipulationsworten unmittelbar verflochten wird. Die nähere Bedeutung einer solchen Festsetzung ist, daß der Verpflichtete bis zur Litiscontestation durch Leistung des anderen Gegenstandes oder an die andere Person sich befreien kann. Die Geltendmachung des Forderungsrechts wird, so lange nicht der Schuldner von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, durch die Festsetzung in keiner Weise beeinträchtigt, woraus weiter folgt, daß, sobald mit der Realisirung des Forderungsrechts der Anfang gemacht ist, d. i. mit der Litiscontestation, die Ermächtigung wegfällt.

Dies Resultat steht durch folgende Quellenaussprüche fest:

l. 57 D. de solut. 46, 3: Si quis stipulatus fuerit decem in melle: Solvi quidem mel potest, Antequam ex stipulatu agatur: sed si semel Actum sit et petita decem fuerint, Amplius mel solvi non potest. § 1. Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. (Ulpianus).

l. 16 pr. D. de fidej. 46, 1: — si servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit et fidejussorem ita interrogaverit, Titio aut Sempronio id dare spondes? Titius quidem petere a fidejussore poterit. Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam et ignorante vel invito Titio possit.

cfr. l. 36 D. de pactis, 2, 14: Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum, ut ejus possessionem Attio traderes: vindi-

cantem eum fundum a te non aliter me conventionis exceptione excludi debere, quam si aut jam tradidisses aut si tua causa id inter nos convenisset et per te non staret, quominus traderes (Proculus).

Streitig war unter den römischen Juristen, ob die Ermächtigung zu einer anderen Leistung an eine andere Person zur Befreiung führt, l. 98 § 6 D. de sol. 46, 3: Mihi Romae aut Ephesi Titio dari stipulor, an solvendo Titio Ephesi a me liberetur, videamus? — ubi merum factum stipulor, puta insulam in meo solo aedificari aut in Titii loco, nunquid, si in Titii loco aedificet, non contingat liberatio: nemo enim dixit facto pro facto soluto liberationem contingere? sed verius est liberationem contingere: quia non factum pro facto solvere videtur, sed electio promissoris completur, d. h. es kommt nicht darauf an, daß die Facultativleistung sich als datio in solutum charakterisiren läßt, sondern daß der Schuldner in Gemäßheit des Abkommens und der ihm verliehenen Ermächtigung handelt (Paulus).

Die accessio wirkt bald ipso jure: so, wenn die geschuldete Leistung an eine andere Person erfolgen darf, bald ope exceptionis, wenn eine andere Leistung substituirt wird, l. 141 § 5 D. de V. O. 45, 1: Cum mihi aut Titio stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse: veluti mihi decem aut Titio hominem: si vero Titio ea res soluta sit, quae in ejus persona designata fuerit: licet ipso jure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit (Gajus). Die hier angedeutete Controverse war noch zu Paulus Zeit nicht ausgetragen l. 44 § 4 D. de O. et A. 44, 7: quaeritur an ipso jure fiat liberatio homine soluto Titio, und bestand offenbar unabhängig von derjenigen über die Wirkung der datio in solutionem überhaupt, Gaj. III § 168, da Gajus die Facultativ- und Andersleistung, obwohl sie consentiente creditore erfolgt, nicht ipso jure wirken läßt.

Die Ermächtigung zur Leistung an eine andere Person konnte unter Umständen als Bedingung gelten, l. 98 § 5 D. de sol. 46, 3: Qui stipulatus sibi aut Titio, si hoc dicit, si Titio non solveris, dari sibi, videtur conditionaliter stipulari (Paulus).

Die Befugniß zur Substitution einer anderen Leistung führt immer nur zu einer Befreiung durch exceptio. Der von Vielen zwischen vertragsmäßiger und gesetzlicher Substitutions-Ermächtigung mit Rücksicht auf die Noxalklagen gemachte Unterschied dahin, daß die Befugniß bei ersterer mit der Litiscontestation, bei letzterer erst mit der actio judicati erlösche, ist wegen der exceptionellen Natur der noxae deditio hinfällig. Ein innerer Grund für die vermeintliche Verschiedenheit der vertragsmäßigen und gesetzlichen Ermächtigung ist schlechterdings nicht erfindlich.

Ebensowenig hängt das Erlöschen der Befugniß mit der consumirenden Wirkung der Litiscontestation zusammen, sondern folgt aus der Natur der Sache, ex ipsius rei natura l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1 und gilt also auch noch im heutigen Recht.

Kraft ihrer accessorischen Natur muß die Ermächtigung von selbst mit der Principal-Verpflichtung erlöschen, z. B. wenn diese von casueller Unmöglichkeit betroffen wird.[1])

Ordentlicherweise ist ferner die Klage auf den Principalgegenstand zu richten, obschon es nicht schadet, wenn zugleich das Petitum auf die Facultativleistung geht, da damit nur die alternative Ermächtigung zum Ausdruck gebracht wird.[2])

Verschieden von der alternativen Ermächtigung ist der Fall, wo das Nichterfolgen einer Leistung die Bedingung für den Eintritt der Verpflichtung zu einer anderen Leistung bildet. Nach der Absicht der Parteien ist hier die erstere Leistung die Principalleistung, durch deren Erfolgen der Eintritt der Verpflichtung zu der letzteren Leistung abgewendet wird.[3]) Vorbildlich für die Behandlung derartiger Fälle war die penus legata, l. 1 D. de penu leg. 33, 9: Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare jussus est: si non dedisset, nummos dare damnatus est, insbesondere für die Behandlung der Stipulationen von der Figur: Si Stichum non dederis, centum dare spondes? l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1: ..... fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Bei den Noxalklagen nach ihrer ursprünglichen Tendenz[4]) ist die noxae deditio offenbar die Principalleistung, ihr Nichterfolgen also conditio der Aestimationsleistung, obschon sie im späteren Recht[5]) als alternative Ermächtigung zur Befreiung von letzterer erscheint.

Gegenüber der Hypothekarklage bedeutet die Bezahlung der Pfandschuld nicht sowohl eine alternative Ermächtigung als einen Erlöschungsgrund des Pfandrechts.

3. Von alternativer Ermächtigung des Gläubigers läßt sich nur in dem Sinne reden, daß der Gläubiger statt der Principalleistung eine andere Leistung fordern kann, z. B. bei einer Stipulation des Inhalts:

---

[1]) Diese Consequenz zieht auch die französische Jurisprudenz, Dalloz, oblig. 1332, contrat de mar. 871, Success. 1206, Zachariä-Puchelt § 300 Note 2b.

[2]) Beispiele alternativer Ermächtigung des Schuldners sind: die Befugniß des Käufers, die Rescission wegen laesio enormis durch Zuzahlung abzuwenden, l. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4, 44, die sog. Wandelpön (mulcta poenitentialis), die alternative Geldleistung in l. 4 C. de serv. fugit. 6, 1.

[3]) Paulus stellt daher diesen Fall in bewußten Gegensatz zur accessio in l. 44 § 5 D. de O. et A. 44, 7: Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

[4]) S. hierüber die Beläge bei Voigt, 12 Tafeln Bd. 2 S. 594 Note 28, besonders Plaut. Pseud. 4, 7, 128: Pseudolum mihi dedas. l. 3 § 1 D. de term. moto 47, 21: si servus servave insciente domino dolo malo fecerit, ei capital esse, nisi dominus dominave mulctam sufferre maluerit.

[5]) Gaj. 4, 75 und die Citate bei Voigt a. a. O. S. 593 Note 27, S. 594 Note 30.

illud aut pro eo[1]) illud dare spondes? Die Facultativ-, Substitutions- oder Anders-Forderung würde nur accessorischen Charakter haben (accessio rei) und sich dadurch von einer Alternativ-Obligation (alternativen Gliedobligation) unterscheiden. Damit würde aber gerade die Folgerung, welche z. B. Regelsberger aus einer solchen Befugniß des Gläubigers ziehen will: daß der Verpflichtete durch casuelle Unmöglichkeit bezüglich des primären Schuldobjects noch nicht völlig frei werde, sondern das andere Object zu leisten habe, vorweg ausgeschlossen sein, da diese zweite Leistung wegen ihres accessorischen Charakters nothwendig mit der ersteren wegfallen muß. Die Forderung der zweiten Leistung nach eingetretener casueller Unmöglichkeit der ersten Leistung würde sich nicht durch eine alternative Ermächtigung des Gläubigers, sondern nur durch eine selbständige eventuelle zweite Obligation, oder wirkliche Alternativ-Obligation begründen lassen und diese dem Zugriff der Gläubiger ebenso unterliegen, wie jede andere Obligation.[2])

E. Neuere Gesetzgebung.

§ 51.

Im Allgemeinen hat die neuere Gesetzgebung den römischen Begriff der alternativen Obligation festgehalten. Daneben macht sich in einzelnen Gesetzbüchern unvermerkt die Idee der alternativen Pendenz geltend, insbesondere beim Wahlkauf. In einigen der neuesten Gesetzeswerke hat der Mangel einer bewußten Scheidung beider Verhältnisse die Normen über die Ausübung des Wahlrechts beeinflußt.

Der Code civil behandelt die alternative Obligation in engem Anschluß an das römische Recht: der Schuldner wird befreit durch Leistung des einen Gegenstands (art. 1189); er hat die Wahl, sofern sie nicht dem Gläubiger überlassen ist (art. 1190); er darf wider den Willen des Gläubigers nicht zum Theil den einen, zum Theil den anderen Gegenstand leisten (art. 1191), wie umgekehrt der Gläubiger nicht zur theilweisen Forderung des Einen und des Andern berechtigt ist. Die Verpflichtung ist eine einfache bei anfänglicher, sie wird eine solche bei nachfolgender Unmöglichkeit einer Leistung (art. 1192, 1193). Der Schuldner ist nicht befugt, dem Gläubiger statt des noch vorhandenen Gegenstandes den Werth des unter-

---

[1]) l. 8 § 2 D. de leg. 1°: Si ita legatum sit: lecticiarios octo aut pro his in homines singulos certam pecuniam, utrum legatarius volet.

Alternative Ermächtigung des Gläubigers kraft Rechtssatzes liegt ferner vor in der Befugniß desselben, die Leistung auch an einem anderen Orte, als dem festgesetzten Erfüllungsort einzufordern, l. 1, 7, 8 D. de eo quod certo loco 13, 4.

[2]) Mit Recht hat sich auch Pescatore a. a. O. S. 274, 276 gegen die Aufstellungen Regelsberger's (in Jhering's Jahrb. 16 S. 159 flgd.) erklärt. Die Abhängigkeit des Anspruchs auf die zweite Leistung von der persönlichen Entscheidung des Gläubigers ließe sich nur mit Hülfe der alternativen Pendenz construiren.

gegangenen zu leisten, wogegen, wenn beide Gegenstände untergegangen sind und der Untergang des einen dem Schuldner zur Last fällt, der Werth des zuletzt untergegangenen, und bei Wahlrecht des Gläubigers nach dessen Wahl der Werth des einen oder andern geleistet werden soll (art. 1193, 1194).

Zutreffend wird von der französischen Jurisprudenz der accessorische Charakter der alternativen Ermächtigung (facultative Verbindlichkeit) hervorgehoben.[1]) Uebereinstimmend sind die Bestimmungen des italienischen Gesetzbuchs Art. 1177—1183.

Das preußische Landrecht trifft Bestimmung über die alternative Verpflichtung in § 274 I, 5: Ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden, so hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl, welche er geben wolle.[2]) Außerdem enthält es Bestimmungen über den Wahl-Kauf: §§ 33—37 I, 11. Dieselben setzen den Fall voraus, daß dem Käufer oder Verkäufer „unter mehreren bestimmten Sachen die Wahl vorbehalten worden." Dies kann nur dahin verstanden werden, daß unter den mehreren Gegenständen derjenige, welcher das Object des Kaufs bilden soll, erst ausgewählt werden soll, nicht aber dahin, daß bezüglich sämmtlicher Gegenstände eine alternative Verpflichtung des Verkäufers begründet ist. Es handelt sich somit um einen Kauf mit pendentem Object. Die Redaktoren des Landrechts folgten hier offenbar der natürlichen Auffassung, nach welcher die Wahl bei einem Kauf sich einfach dahin versteht, daß bezüglich eines der mehreren Gegenstände der Kauf zu Stande kommen soll, während bei einem wirklich alternativen Kauf das Schuldverhältniß bezüglich sämmtlicher Gegenstände unter der Maßgabe begründet ist, daß mit der Leistung des einen Gegenstands die Verpflichtung bezüglich der andern erlischt. Daraus erklärt sich, daß bei Untergang eines Gegenstandes vor angestellter Wahl der Käufer, unbeschadet seines Anspruchs auf Leistung des Interesse bei Verschuldung des Verkäufers, an den Vertrag nicht mehr gebunden sein, ihm dagegen freistehen soll, unter Verzicht auf die Interesseleistung, hinsichtlich der noch übrigen Gegenstände beim Vertrage stehen zu bleiben, sowie daß, falls er selber den Verlust einzelner Gegenstände verschuldet hat, er beim Vertrage stehen bleiben muß, selbst wenn für ihn keine Wahl mehr übrig wäre. Von dem Standpunkt, daß der Kauf nur bezüglich des auszuwählenden Gegenstands zu Stande kommen soll, hat es die muthmaßliche Intention der Parteien für sich, daß nach § 38 I, 11 A. L. R. in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung dem Käufer die Wahl zustehen soll. Zutreffend bemerkt Koch, Pr. Privatr. II, § 455, I, daß hier der Wahl die Bedeutung einer Bedingung zukomme. Dies bedeutet aber Nichts Anderes als einen alternativ pendenten Kauf. Es ist daher völlig ungerechtfertigt, aus diesen Bestimmungen über den Wahlkauf die Folgerung zu ziehen, daß

---

[1]) Zachariä-Puchelt, II § 300 S. 286.

[2]) Anwendungen dieses Begriffs in § 388 I, 12, § 192 I, 16 A. L. R. Dagegen liegt ein Fall alternativer Ermächtigung des Gläubigers vor in § 424 II 7 A. L. R.

überhaupt das Landrecht bei der alternativen Verpflichtung die Wahl als Bedingung aufgefaßt und einen dem gemeinen Recht entgegengesetzten Standpunkt eingenommen habe. Aus der Bestimmung des § 274 I, 5 kann schlechterdings Nichts für die vermeintliche Abweichung von dem gemeinrechtlichen Standpunkt entnommen werden. Damit fallen alle Folgerungen, welche nach Koch's Vorgang z. B. Förster-Eccius (Pr. Privatr. I § 65) und Dernburg (Pr. Privatr. II § 29) daraus für die alternative Obligation nach preußischem Recht gezogen haben. Für die Frage, ob bei der eigentlichen altern. Verpflichtung die bloße Erklärung, daß man das Eine oder Andere fordern oder leisten wolle, bindend sei, kommt es darauf an, ob eine solche Erklärung einen die Geltendmachung der einen oder andern Verpflichtung ausschließenden Umstand, einen, wo nicht direkten, so doch indirekten Aufhebungsgrund darstellt. Das Mindeste, was zur Ausschließung der einen oder andern Verpflichtung gehört, ist ein pactum de non petendo. Mit richtigem juristischen Takt läßt daher die französische Jurisprudenz die einfache Wahlerklärung nur gelten, wenn sie von der Gegenpartei acceptirt ist (Toullier t. 6 no 692). Wenn ferner der alternative Modus darauf geht, daß die Erfüllung der einen Obligation die andere ausschließen soll, so können regelmäßig nur Erfüllungs- und Realisirungs-Handlungen als Ausschließungsgründe in Betracht kommen und gehört dazu, falls der Gläubiger wahlberechtigt ist, — nach der präsumtiven Absicht der Parteien — auch die Klageerhebung, ohne Rücksicht darauf, ob die Klage demnächst wieder zurückgenommen wird. Die bloße Thatsache, daß Kläger wählte (Dernburg, preußisches Privatrecht II § 29 Not. 16), läßt sich zwar nicht ungeschehen machen, ist aber an sich bedeutungslos.

Das Urtheil hat, wenn der Schuldner wahlberechtigt ist, alternativ auf beide Leistungen zu lauten und bildet mit diesem seinen alternativen Inhalt die Grundlage der Zwangsvollstreckung. Daß in der Zwangsvollstreckung dem Schuldner ein Präjudiz dahin zu stellen ist, daß, falls er sich nicht für die eine Leistung entscheidet, die Wahl auf den Gläubiger übergehe, kann als rechtsbegründet nicht anerkannt werden.[1]) Es kommt vielmehr einfach zur zwangsweisen Erfüllung nach Maßgabe der Vorschriften der C. P. O. Sind Sachen zu leisten, so erfolgt die Wegnahme einer derselben durch den Gerichtsvollzieher (§ 769 C. P. O.), bei Handlungen tritt Vornahme einer derselben durch einen Dritten (§ 773 C P. O.) ein, bezw., falls die Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, Zwang gegen den Schuldner durch Geldstrafe oder Haft. Bei Combination von Sachleistung und Handlung sind die entsprechenden Zwangsmittel elektiv neben einander anwendbar.[2])

---

[1]) So richtig Eccius zu Förster, I § 65 Anm. 29. A. M. Dernburg, Pr. Privatr. § 30 zu Note 17.

[2]) Dagegen sind die Vorschriften des § 774 C. Pr. O. unanwendbar, um den Schuldner zur Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts anzuhalten, Entsch. des Reichsgerichts Bd. 8 S. 355.

Bei casuellem Untergang eines der beiden Gegenstände verwandelt sich die Obligation in eine einfache kraft nothwendiger Rechtsconsequenz. Die analoge Anwendung der Vorschriften über den Wahlkauf auf die eigentliche alternative Verpflichtung ist schlechterdings unzulässig und nur auf alternativ pendente Geschäfte gerechtfertigt.

Die mangelnde Unterscheidung zwischen alternativer Verpflichtung und alternativer Pendenz hat somit für das preußische Recht zu einer ganz falschen Theorie in Betreff der ersteren geführt.

Die Vermischung beider Verhältnisse zeigt sich auch im sächsischen Gesetzbuch, nach dessen § 699 die Wahl als vollzogen gilt, wenn sie von dem einen Theil gegen den andern erklärt worden ist, und, obwohl es sich um eine einseitige Erklärung handelt, doch von derselben nicht einseitig abgegangen werden darf. Bezüglich des casuellen Untergangs und des Einflusses der Verschuldung folgt das sächsische Gesetzbuch im Allgemeinen den gemeinrechtlichen Grundsätzen, nimmt jedoch bei Verschulden des wahlberechtigten Gläubigers die Forderung als erfüllt an (§§ 724—725, 727) und räumt dem Schuldner, falls ihm die Wahl zusteht, die Befugniß ein, den Gläubiger durch den Werth des einen casuell untergegangenen Gegenstandes abzufinden (§ 1012).

In ähnlicher Weise, jedoch mit Streichung der Abfindungsbefugniß des Schuldners, normirt der Dresdner Entwurf die „Schuldverhältnisse, deren Gegenstand gewählt werden kann", Art. 6—12, 273—274, 278, 281—284.

Das österreichische Gesetzbuch unterscheidet zwischen Versprechen, die auf mehrere Arten erfüllt werden können, wo der Verpflichtete die Wahl haben soll, aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen darf, und zwischen Verträgen, die ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen sind, bei denen der Wahlberechtigte nicht mehr gebunden sein soll, wenn ein Wahlstück untergeht, und der Verpflichtete wegen Verschuldens für die Vereitelung der Wahl haftet (§§ 906, 907). Mit Ersterem ist offenbar die eigentliche alternative Verpflichtung[1]), mit Letzterem die objectiv-alternative Pendenz gekennzeichnet.

Das Schweizerische Obligationenrecht (Art. 82) verbleibt bei dem herkömmlichen Begriff der alternativen Obligation.

F. Gemeinsames über Correal- und alternative Obligation.

§ 52.

Das Correalschuldverhältniß (Gesammtschuldverhältniß, oben Abschnitt 3) und das alternative Schuldverhältniß (Wahlschuldverhältniß, Abschnitt 5) sind in ihrer Structur verwandt. Sie gehören zu den zu-

---

[1]) In dem der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 6 S. 127 zu Grunde liegenden Fall würde mithin bei richtiger Auslegung der §§ 906, 907 wegen Unmöglichkeit der Erfüllung bezüglich der einen Alternative ohnehin nicht Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses Platz greifen können.

sammengesetzten Schuldverhältnissen, deren Gegensatz: das einfache Schuldverhältniß in seinen beiden Formen: Civilobligation und Naturalobligation (oben Abschnitt 1 und 2) bildet.

Das Correalschuldverhältniß besteht aus einer Mehrheit von Obligationen (Einzel-, Glied-Obligationen, Obligationsindividuen) mit verschiedenen Aktiv- oder Passiv-Subjecten, aber identischem Object und **Einheit der Funktion** (Ausübung, Erfüllung, Realisirung).

Das alternative (disjunctive) Schuldverhältniß besteht aus mehren Obligationen (Einzel-, Glied-Obligationen, Obligationsindividuen) zwischen demselben Aktiv- und Passiv-Subject, aber mit verschiedenen Objecten und **alternativer Funktion** (Ausübung, Erfüllung, Realisirung).

Die Correalität bezweckt: einheitliche Abwickelung und Realisirung der aus gemeinschaftlichen Verträgen hervorgehenden Schuldverhältnisse (oben S. 61).

Die Alternativität bezweckt: dem Schuldner oder Gläubiger die Auswahl unter mehren Objecten, d. i. die Möglichkeit zu gewähren, unter den verschiedenen gegebenen Eventualitäten die Entscheidung im Sinne des sich herausstellenden ausschlaggebenden Interesse zu treffen (oben S. 205).

Betreffs der Correalobligation darf die Idee der Einheit im Sinne der Ribbentrop-Kellerschen Theorie heutzutage wohl als überwunden gelten. Man scheint jedoch von dem liebgewordenen Phantom sich nur schwer trennen zu können und nach einem entsprechenden Ersatz suchen zu wollen. Wenn man in der Obligation jedes Correus „eine theils eigennamige, theils fremdnamige" sehen will[1]), so wird damit einfach der Einheit die Identität der mehren Gliedobligationen substituirt. Die Identität ist aber bei der völligen Personenverschiedenheit grundsätzlich ausgeschlossen. Sie ist nur möglich bei Succession oder Accession. Die Idee der Vertretung führt nur zur materiellen Identität. Bei der Correalobligation aber handelt es sich um mehre verschiedene, principale und und formell durchweg eigene, nicht zu einem Theil fremde Obligationen.[2])

Waltet aber in Wahrheit keine Identität der Einzelansprüche ob, warum ferner eine solche mit Hölder[3]) fingiren? Ein verzweifeltes Mittel ist es, den Inconvenienzen der Identitätstheorie durch die Annahme einer „kollectiven Personenheit" der einzelnen Correi[4]) zu entgehen!

Nichts als der Schein der Einheit wird ferner gerettet, wenn man die Einheit der Correalobligation als eine „lediglich zum Zweck praktischer Behandlung gedachte" gelten lassen will, durch welche die Einzel-

---

[1]) Waldner, correale Solidarität S. 187. — Ausführung des Brinzschen Gedankens!

[2]) S. oben S. 57.

[3]) Münchener Festschrift für Scheurl 1884 und Arch. f. civ. Praxis 1885.

[4]) Unger, passive Correalität und Solidarität, in Ihering, Dogm. Jahrb. 22 S. 207, 298 und 23 S. 107—118.

ansprüche „einem einheitlichen Schicksal" unterworfen werden.[1]) Die bloße Erkenntniß, daß jene Einheit „ohne reale Existenz", nur „der äußere Schein eines selbständigen Obligationsindividuums", so richtig sie an sich ist, giebt ebensowenig wie der allgemeine Hinweis auf die „praktische Natur des Correalitätsbandes" irgend welchen Aufschluß über die juristische Construction des letzteren. Auf eine solche wird geradezu verzichtet, wenn die Erscheinung: daß das Schicksal der einen Obligation das der anderen berührt, darauf zurückgeführt wird, daß dies durch die „Rechtsordnung, wie ihr freistehe, praktischen Anforderungen zu Liebe statuirt" worden sei.[2])

Die Auffassung, daß die Correalobligation ein „Complex von mehreren Obligationen"[3]), ein zusammengesetztes Schuldverhältniß ist und die Bezeichnung una obligatio sich eben auf diesen Obligationencomplex bezieht, scheint jetzt wohl kaum noch auf Widerstand zu stoßen. Allein mit dieser Auffassung ist für die specifische Natur der Correalobligation Nichts gewonnen, da sich noch zahlreiche andere Arten von Obligationencomplexen darbieten, wie z. B. in den Theilschuldverhältnissen, alternativen und gegenseitigen Schuldverhältnissen.

Der specifische Bestandtheil des Correalitätswillens ist oben (S. 62, 63, 66) dahin bestimmt worden: daß die von einem Correus oder gegen einen Correus vorgenommene Realisirungshandlung Befreiung für und gegen alle Uebrigen wirken soll.

Wie kam dieses specifische Moment rechtsgeschäftlich zum Ausdruck?

Bei der Stipulation geschah dies gewissermaßen in symbolischer Weise, indem die Fragen sämmtlicher correi stipulandi an den reus promittendi und die Fragen des reus stipulandi an sämmtliche correi promittendi der Antwort voraufgehen mußten, und so die einzelnen Obligationen nicht nacheinander, sondern nebeneinander zur Entstehung gelangten, innig verknüpft, zum Zeichen, daß, wie sie einheitlich zum Leisten des idem begründet waren, so auch einheitlich durch Leisten des idem erlöschen sollten. Die normale Eingehungsart der Correalstipulation schildert pr. J de duob. reis 3, 17: Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri

---

[1]) Mitteis, Individualisirung S. 49 fg. So schon Rückert, Gießn. Ztschr. N. F. 12 S. 10 fg.!

[2]) Geradezu als ein Willkürakt der Veteres erscheint es, wenn dieselben nach Dernburg, Preuß. Privatr. II § 47 Note 7 Pand. II S. 188 processualische Consumtion angenommen hätten, wo solche nach Lage der Sache nicht gegeben war. Dies kommt auf Hölder's Fiktionstheorie hinaus!

Vgl. über die neuesten Versuche in der Correalitätslehre die zutreffende Kritik von Hofmann in Grünhuts Zeitschrift 14 S. 146—158, dessen eigene Formulirung: die Leistung ist nur einmal geschuldet, aber es wird für sie mehrfach gehaftet, freilich ebenfalls nicht befriedigt.

Eingehende Recensionen meiner Bearbeitung der Lehre erschienen von Vittorio Scialoja in der Rivista Critica Rom. Vol. 2 1884, Lando Landucci in Seraphini's Archivo Giuridico Vol. 35, welchen Herren ich hiermit Dank sage.

[3]) Hartmann, Obl. S. 154, oben S. 63, 86. Unger beutet diese Vorstellung weidlich aus, ohne zur „Klärung und Förderung" der Sache irgend Etwas beizutragen!

possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: spondeo, ut puta, cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes? si respondeant singuli separatim: spondeo. Das strenge Ritual scheint völlige Concinnität von Frage und Antwort gefordert zu haben, wie das durch l. 4 D. de duob. reis 45, 2 erledigte Bedenken zeigt: Duo rei promittendi sive ita interrogati: spondetis? respondeant: spondeo aut: spondemus, sive ita interrogati: spondes? respondissent: spondemus, recte obligantur. Daß zu Ulpian's Zeit bei freierer Handhabung getrennte Eingehung der Stipulationen zulässig gewesen, läßt sich nicht mit Sicherheit entnehmen aus l. 3 pr. D. eod.: In duobus rebus promittendi frustra timetur novatio: nam licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo accipiatur: consequens est pristinam obligationem durare et sequentem accedere: et parvi refert, simul spondeant an separatim promittant: cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur neque una novatio fiet (Ulpianus). Die Stelle kann sich sehr wohl nur auf den Fall beziehen, wo die Frage an beide rei promittendi voraufgegangen war, die Antwort des Einen aber einige Zeit später erfolgte als die des Anderen. Ging bei der Stipulation die Correalitätsabsicht ohne Weiteres aus dem Gebrauch des herkömmlichen Formular hervor, so bedurfte es bei der urkundlichen Fixirung im Cautionsinstrument der besonderen Hervorhebung dieser Absicht, andernfalls Theilverpflichtung angenommen wurde l. 11 § 1, 2 D. eod : quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. Ebenso mußte man in Ermangelung eines stehenden Formulars bei Vermächtnissen auf einen präcisen Ausdruck Bedacht nehmen: An Stelle der in l. 9 pr. D. eod. angegebenen Formel: Titius et Maevius Sempronio decem dato, wobei die Lesart: et wohl die richtige sein dürfte, begegnet daher der Gebrauch der bestimmteren, aber wieder in anderer Hinsicht bedenklichen disjunctiven Formel: Ille aut ille heres Sejo centum dato l. 25 pr. D. de leg. 3° (32), l. 8 § 1 D. de leg. 1° (30).

Bei Consensualcontracten bedurfte es ebenfalls einer entschieden die Correalabsicht dokumentirenden Festsetzung, l. 9 pr. D. eod.: eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus vel eandem rem duobus similiter commodavi (Papinianus).

Wie leicht bei dem formlosen Consensualcontract die wirkliche Correalabsicht in Zweifel gezogen werden konnte, zeigt l. 47 D. loc. 19, 2: Cum apparebit, emtorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam, ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, si constabit, esse omnes solvendo. Quamquam fortasse justius sit, etiamsi solvendo omnes

erunt, electionem conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversus caeteros praestare non recuset (Marcellus).

Nicht daraus[1]), daß zur Zeit des Marcellus „die Wirkung des auf Correalität abzielenden pactum adjectum bei bonae fidei obligationes noch nicht außer Zweifel gestellt war" — was soll dies überhaupt heißen, da die Wirksamkeit des pactum in continenti adjectum bei bonae fidei-Contracten von jeher außer allem Zweifel stand? —, sondern einfach aus dem zweifelhaften Ausdruck der Correalitätsabsicht erklärt sich diese Entscheidung!

Wenngleich der Verkäufer oder Verpächter jeden seiner Gegen-Contrahenten auf das Ganze angesehen haben wollte, so war es ihm augenscheinlich weniger um die einheitliche Abwickelung seiner Ansprüche, als vielmehr um die pünktliche Zahlung zu thun, und konnte ihm für diesen Zweck schon eine eventuelle Haftung jedes Schuldners für den Antheil der andern genügen. Das bloße Ausbedingen einer Solidarhaftung enthält bei dem freien Recht der bonae fidei-Contracte keine unbedingte Nöthigung, eine wirkliche Correalverpflichtung anzunehmen!

Schließlich verlangt Nov. 99 für die Erklärung der Correalabsicht einen ausdrücklichen „pactionis modus".

Die heutige Geschäftssprache bedient sich zum Ausdruck der Correalabsicht der Bestimmungen: „Einer für Alle und Alle für Einen", „sammt und sonders", „sammtverbindlich", „sammtrechtlich", „solidarisch", zur „ungetheilten Hand".[2])

Die cumulative Begründung und die Identität des Objects brachte es mit sich, daß Theilung der Leistung, d. i. getheilte Geltendmachung und Erfüllung Seitens der verschiedenen Correi unbedenklich statthaft war, während bei der alternativen Obligation das strenge: aut-aut die Einforderung und Leistung von Theilen der verschiedenen Objecte vorweg ausschloß.[3])

Was folgt nun aus diesem Allem? Das specifische Moment der Correalität beruht, wie bei der alternativen Obligation, auf einer Nebenverabredung, Nebenfestsetzung, pactum conventum, modus des Inhalts: daß die Erfüllung Seitens eines Correus oder an einen Correus die Rechte und Pflichten aller übrigen Correi tilgen und aufheben soll. Dies gilt zunächst von der effectiven Erfüllung, muß aber consequent gelten auch von Erfüllungssurrogaten: datio in solutum, Litiscontestation und Urtheil, Novation, Acceptilation, Constitutum, confessio in jure und Eid, da dies Alles der effectiven Leistung gleichsteht und in diesem Allem die Obligation zur Function gelangt, im Gegensatz zu den sub-

[1]) wie Mitteis S. 60 meint.

[2]) S. hierüber die reichhaltigen Nachweise bei Samhaber, Correalobl. S. 164—165 und Note 12.

[3]) S. oben S. 230, 234. Die Meinung Hofmann's a. a. O. S. 154: daß ehedem nur der eine oder der andere Correus belangt werden konnte, l. 3 § 1 D. de duob. reis 45, 2, ist ohne genügenden Anhalt.

jectiven Erlöschungsgründen: pactum de non petendo in personam, Confusion, capitis deminutio und Verwirkung. Hierin besteht der „correale Zusammenhang" (oben S. 63) und die „Verbindung" zwischen den Gliedobligationen (oben S. 86). Hierauf beruht auch das bei der Correalobligation, wie bei der alternativen Obligation mit aller Bestimmtheit anerkannte gegenseitige Consumtionsverhältniß der Gliedobligationen, l. 5 D. de fidej. 46, 1: Si reus promittendi reo promittendi heres exstiterit, duas obligationes sustinet. Item si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinet; plane si ex altera earum egerit, utramque consumet: videlicet quia natura obligationum duarum quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur (Ulpianus). cfr. l. 13 D. de duob. reis 45, 2.

Wie wirkt nun aber die correale Nebenfestsetzung, das correale pactum conventum? Bei den stricti juris obligationes selbstverständlich nur ope exceptionis, bei den bonae fidei obligationes ipso jure.

Die meisten Aussprüche der Quellen über die Aufhebung der Obligation der anderen Correi geben in Betreff der Art und Weise dieser Aufhebung keinen bestimmten Aufschluß. Es heißt immer: alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat § 1 J. de duob. reis 3, 17, petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio, l. 2 D. de duob. reis 45, 2, l. ut sive unus solvat, omnes liberantur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat l. 3 § 1 D. eod., l. 116 D. de V. O. 45, 1, l. 21 D. de sol. 46, 3, l. 29 D. de lib. leg. 34, 3, l. 28 C. de fidej. 8, 41, l. 16 D. de accept. 46, 4 u. ö.[1]) Einen unzweideutigen Beleg für die exceptionsweise Befreiung bei der Correalstipulation enthält dagegen l. 51 § 4 D. de evict. 21, 2: Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus: si agam cum caeteris, exceptione me esse repellendum Labeo ait. (Ulpianus). Diese Stelle betrifft offenbar den Fall, wo mehre Verkäufer sich durch duplae stipulatio verpflichtet haben.[2])

Daß bei der fidejussio und accessorischen Solidarität überhaupt die Litiscontestation bald ipso jure wirkt, bald ope exceptionis, je nachdem die Voraussetzungen der directen Consumption (judicium legitimum und formula in jus concepta) vorliegen oder nicht, folgt von selbst aus der Identität der res[3]), beweist aber Nichts für die Correalobligation. Für die exceptionsweise Befreiung bei der Correalstipulation spricht auch die Analogie der alternativen Stipulation.

---

[1]) vgl. oben S. 69 Note 2.

[2]) Bei Verpflichtung durch den Kaufcontract selbst hätte ipso jure Befreiung eintreten müssen. Dies verkennt Ribbentrop S. 200.

[3]) Vergebens kämpft hiergegen an Fitting, Correalobl. S. 207 flgd., l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1, l. 21 § 4 D. de exc. rei jud. 44, 1, l. 23 D. de tut. 27, 3 stehen ihm entgegen, s. oben S. 69, 70.

Sehr wahrscheinlich ist, daß, bevor Correal- und alternative Obligation ihre dermalige quellenmäßige Gestalt annahmen, sie eine Entwickelungsphase durchlaufen haben, in welcher die einzelnen Glied-Obligationen wechselseitig: jede durch die Erfüllung der anderen negativ bedingt waren. Eine Spur hiervon glaube ich für die Correalobligation in l. 9 D. de V. O. 45, 1 (oben S. 63), cfr. l. 98 § 5 D. sol. 45, 3, für die alternative Obligation in l. 9 pr. D. de opt. leg. 33, 5, l. 27 D. de leg. 2 (oben S. 212) zu erkennen.[1]

Der Schlüssel zur Construction der Correalobligation liegt nach Obigem in der Correalitätsidee: „Die Correalitätswirkungen können nicht durch irgend ein formales Princip, wie das der Einheit der Obligation oder der Identität der res, sondern lediglich durch den praktischen Zweck begriffen werden".[2]

Nicht, daß es sich „um mehre Obligationen und ein Schuldobject"[3], sondern darum, daß es sich um eine „nur einmalige Realisirung des identischen Forderungsinhalts"[4] handelt, besagt der allerdings „wahrhaft plastische" Ausspruch des pr. J. de duob. reis 3, 16: Ex hujusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur.

Zum Schluß: Das große Problem, was beinahe zwei Menschenalter hindurch den Scharfsinn der Rechtsgelehrten auf eine harte Probe gestellt hat, schrumpft unter den Händen zu einer einfachen, auf eventuelle Befreiung gerichteten Nebenfestsetzung zusammen, welche mit der Eingehung einer Mehrheit von Obligationen mit verschiedenen Aktiv- oder Passivsubjecten und identischem Object verbunden ist.

Will man die Bildungen des Rechtslebens verstehen, so suche man dieses Verständniß nicht in scholastischen Formeln, sondern in dem Zweck, in dem schöpferischen und belebenden Gedanken!

---

[1] Ueber die Entwickelung des Instituts in seiner späteren Gestalt s. oben S. 64, 65.

[2] s. oben S. 64. Praktische Erwägungen beherrschen auch das Gebiet der Klagenconcurrenz: Bis de eadem re ne sit actio, bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur, puto sufficere alterutram actionem, oben S. 254, 255.

[3] wie Dernburg, Pand. II S. 190, 191 meint.

[4] wie oben S. 62 angegeben.

6. Abschnitt: Die gegenseitigen Schuldverhältnisse.

Heerwart, Arch. f. civ. Praxis VII 18 (1824) XIV 9 (1831) XVIII, 15 (1835). Schenk, ebenda XVII, 4, 9 (1834) XX, 15 (1837). Dernburg, Compensation S. 69—83 (1854) 2. A. S. 63 flgd. Mommsen, Beiträge I S. 348, III S. 415 flgd. Keller, Jahrb. d. gem. deutschen R. IV 11 (1860) S. 337 flgd. W. A. Puchta, ebenda V, 5 (1862) S. 94 flgd. Bekker, ebenda V 6 (1862) S. 122 flgd. Karlowa, de natura atque indole συναλλάγματος, 1862. Tiktin, de natura bilateralium oblig. 1867. Bechmann, Kauf I (1876) S. 540 flgd., II (1884) S. 180 flgd. Puntschart, fundamentale Rechtsverhältnisse (1885) S. 145 flgd. Vangerow, Pand. § 607 Anm. Windscheid, Pand. II § 321.

§ 53. Einleitung: heutiger Stand der Lehre.

Obwohl man der Darstellung der Obligationen im Einzelnen den Gegensatz von einseitigen und zweiseitigen Obligationen zu Grunde legt, wird auffallenderweise die allgemeine Natur dieser Obligationsklassen nicht selbständig für sich, sondern fast durchgängig in Zusammenhang mit den ein- und zweiseitigen Consensualcontracten behandelt. Für die Theorie der gegenseitigen Obligation war dies insofern von Nachtheil, als man sich auf die Hauptfälle der synallagmatischen Verträge: Kauf und Miethe und die an dem Verhältniß der Gegenseitigkeit am meisten hervortretenden Punkte (exceptio non adimpleti contractus, negotia claudicantia, Präſtation des periculum) beschränkte, und es unterließ, dieses Verhältniß in seiner ganzen Ausdehnung zu entwickeln und nach seinen verschiedenen Abstufungen festzustellen.

Der Gegensatz der einseitigen und zweiseitigen Obligationen deckt sich zunächst keineswegs mit dem der einseitigen und zweiseitigen Verträge. Ein einseitiger Vertrag kann zu einer zweiseitigen, ein zweiseitiger Vertrag zu einer einseitigen Obligation führen. Das Mandat liefert ein Beispiel für Ersteres. Die Annahme, daß der Mandant durch den Vertrag sich zur Schadloshaltung des Mandatars verpflichte, ist eine Fiktion. Beispiele für Letzteres bieten die sog. hinkenden Verträge (Kauf einer res furtiva bei Wissen des Käufers und Nichtwissen des Verkäufers).

Die Zweiseitigkeit der Obligation kann ferner Platz greifen nicht bloß bei Consensualcontracten, sondern auch bei Realcontracten z. B. durch actio contraria des Commodatars, Depositars und wegen nachträglicher Leistungen (z. B. Eviktionsleistung) aus einem Innominatcontract. Sie ist endlich überhaupt nicht auf das Gebiet der Contracte beschränkt, sondern kann auch

auf einem Quasicontract beruhen, wie z. B. bei der negotiorum gestio, actio communi dividundo und anderen judicia duplicia.

Die gegenseitige Obligation wird in den Quellen unter Zusatz des bona-fides-Moments charakterisirt als eine obligatio de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet, so daß ultro citroque obligatio nascitur und das Schuldverhältniß mutuas praestationes actionesque civiles umfaßt. Dies gilt sowohl bei Contracten als Quasicontracten. Die gegenseitige Obligation erscheint also in den angezogenen Quellenaussprüchen als gegenseitige Verpflichtung aus einem Contract oder Quasicontract.

Den Gegensatz hierzu bildet das Gegenüberstehen von Forderungen, die nicht aus demselben Contract oder Quasicontract, sondern aus verschiedenen Rechtsgeschäften oder aus Rechtsgeschäft einerseits und Delikt andererseits hervorgehen. Dieses Gegenüberstehen ist ein rein zufälliges und entbehrt des inneren Zusammenhanges. Ein solcher wird auch nicht durch die Compensationsmöglichkeit hergestellt, da die zur Compensation taugliche Gegenforderung nur als Zahlungsmittel in Betracht kommt, als ein Zahlungsmittel freilich, dessen Annahme nicht von der Willkür des Gläubigers abhängt, sondern das er sich von Rechtswegen (ipso jure) gefallen lassen muß.

Der Begriff der gegenseitigen Obligation umfaßt sowohl die sog. wesentlich zweiseitigen (obligationes bilaterales aequales) als auch die sog. zufällig (ungleich) zweiseitigen (obligationes bilaterales inaequales). Es geht daher nicht an, den Begriff auf die erstere Klasse einzuschränken und ihn ausschließlich „auf die Nothwendigkeit der Zweiseitigkeit zu stellen" (Puchta, Pand. § 232 f, Weber zu Höpfner's Commentar § 750 Anm. 3) und zwar um so weniger, als diese Nothwendigkeit offenbar nicht in dem Sinne aufzufassen ist, daß nicht die anfängliche Zweiseitigkeit, wie z. B. bei casuellem Untergang der Kaufsache, in Einseitigkeit übergehen könnte. Aber es ist nichtsdestoweniger wahr, daß zwischen beiden Klassen tiefgreifende Unterschiede bestehen. Der ersteren Klasse ist eigenthümlich, daß für die Leistung oder gegen die Leistung oder mit Rücksicht auf die Leistung eine Gegenleistung erfolgen soll, während bei der letzteren Klasse die eine Verpflichtung auf Restitution von Etwas Gegebenen oder Auskehrung des für den anderen Theil Erworbenen, die andere Verpflichtung aber auf Leistungen geht, die nicht als Aequivalent- oder Gegenleistung für jene Leistungen, auch nicht als Leistungen in Rücksicht derselben aufgefaßt werden können, wie z. B. Ersatz der auf den Restitutionsgegenstand und der bei der Geschäftsführung gemachten Verwendungen und Auslagen, Ersatz der durch den hingegebenen Gegenstand verursachten Schäden, vielmehr unter den Begriff der Schadloshaltung fallen, obschon eine Connexität insofern besteht, als die Pflicht zur Schadloshaltung aus Anlaß desselben Geschäfts hervorgeht, aus welchem die Restitutions- und Ablieferungspflicht entspringt. Die Unter-

schiede beider Klassen kommen also hinaus auf den Gegensatz zwischen synallagmatischer und bloß connexer Verpflichtung. Es ist daher zwischen synallagmatischen und connexen Obligationen zu unterscheiden und sind beide Klassen gemeinsam unter dem Begriff der gegenseitigen Schuldverhältnisse zusammenzufassen. Ein gegenseitiges Schuldverhältniß liegt vor, wenn in Bezug auf einen und denselben Geschäftszweck Rechte und Pflichten für beide Theile begründet werden.

A. Die geschichtlichen Ausgangspunkte.

§ 54. Bisherige Ansichten.

Man glaubt, gewisse Eigenthümlichkeiten der gegenseitigen Obligationen und zwar gerade solche, an welche hauptsächlich sich der Streit über die Natur der letzteren knüpft, nicht anders als auf historischem Wege erklären zu können und hat sie deßhalb auf vermeintliche Vorstufen der Entwickelung des Consensualcontractes zurückzuführen versucht.

Für die Frage, ob in der Theorie der gegenseitigen Obligationen die dogmatische Einheit festgehalten werden kann, würde das Vorhandensein von Ueberbleibseln einer früheren Entwickelung um so mehr von Belang sein, je größer der Gegensatz zwischen den vermeintlichen Vorstufen der Entwickelung und ihrer späteren Gestaltung ist.

1. Die Ansicht, welche den zweiseitigen Consensualcontract aus zwei entsprechenden gegenseitigen Stipulationen (Dernburg, Compensation §§ 7, 8) oder gar zwei gegenseitig bedingten Stipulationen (Ihering, Geist III S. 6, 52, 175, 244) hervorgehen läßt, und zur Annahme zweier völlig getrennter, von einander unabhängiger Forderungen führt, ist in keiner Weise beglaubigt, und steht nicht einmal fest, was sie nothwendig voraussetzt, daß die Consensualcontracte erst später als die Stipulationen klagbar geworden!

Wenn Bekker (Aktionen I S. 157) meint, daß der noch in der späteren Zeit vorherrschende Gebrauch, Ansprüche aus Kauf, Miethe und anderen Consensualverträgen in Stipulationsform zu fixiren, nur aus einer Zeit herrühren könne, wo der bloße Consens noch keine klagbare Verpflichtung begründete, so läßt sich ebenso gut denken, daß beide Contractsarten nebeneinander klagbar geworden und vorweg neben dem klagbaren Consensualvertrage noch die Stipulationsform besonderer praktischer Vortheile wegen zur Verwendung gekommen sei, aus demselben Grunde also, aus dem sie auch nach vollkommener Ausbildung der anderen Contractsarten sich in ausgedehnter Geltung erhielt und zu den materiellen Rechtsgeschäften hinzutrat. Nur der selbständige praktische Werth der Stipulation macht diese Art ihrer Verwendung erklärlich. Wenn sie ferner in dieser Verwendung sich nicht bloß bei Consensual-, sondern auch bei Realcontracten, insbesondere dem

Darlehen[1]) findet, so kann von einer speciellen Betheiligung derselben bei Entwickelung der klagbaren Consensualcontracte nicht die Rede sein. Daß das Mutuum erst vermittelst der Stipulationsform zur Klagbarkeit gelangt sei, wird man wohl nicht behaupten wollen. Hätte man, trotzdem die Consensualcontracte klagbar geworden, doch aus praktischen Gründen wieder auf die Stipulationsform zurückgreifen müssen, so wäre kein triftiger Grund erfindlich, warum, wenn einmal die gegenseitige Stipulation in den fraglichen Anwendungen sich praktisch bewährt hatte, man die Klagbarkeit der Consensualcontracte hätte anstreben sollen, man müßte denn annehmen, daß es sich um ein verfehltes Experiment der sonst so besonnenen Veteres gehandelt hätte![2])

2. Nach einer anderen Ansicht sollen Kauf und Miethe vor ihrer Ausbildung zu Consensualverträgen Realverträge gewesen sein, welche durch die Vorleistung des Käufers bezw. Vermiethers erst perfect und klagbar geworden seien.[3]) Allein das Moment der res vermag für sich allein den Anspruch auf die Gegenleistung nicht zu rechtfertigen. Dies würde voraussetzen, daß sich schon in sehr früher Zeit ein allgemeines Princip dahin festgestellt hätte, daß die bei Hingabe einer Sache gemachten Auflagen jeder Art den Empfänger in klagbarer Weise verpflichtet hätten, insbesondere ohne Rücksicht darauf, ob es sich bloß um Rückgabe oder um Gegenleistung handelte. Die Theorie der Realcontracte beweist aber nur, daß die Verpflichtung zur Rückgabe und Rückerstattung, nicht aber ohne Weiteres die Verpflichtung zu einer Gegenleistung durch die res begründet wurde. Insbesondere ergiebt die Entwickelung der Innominatcontracte, daß die datio zwar einen Anspruch auf Rücknahme, aber ursprünglich keinen klagbaren Anspruch auf Gegenleistung hervorbrachte, ein solcher vielmehr erst später in Fällen, wo sich eine Analogie mit einem der anerkannten synallagmatischen Contracte darbot, angenommen wurde.

Die vermeintliche frühere Realnatur von Kauf und Miethe liefert auch keineswegs die Erklärung, die sie liefern soll. Pernice (Labeo S. 457) will daraus erklären, daß beim Kauf die Gefahr mit der Perfection des Contracts auf den Käufer übergeht, ferner dieser das Eigenthum erst mit der Zahlung oder Creditirung des Preises erwirbt, zur Usucapio pro emtore bona fides schon beim Abschluß des Vertrages erforderlich ist und bei der exc. non adimpleti contractus der Verkäufer die Beweislast hat. Allein die Idee, daß zur Perfection des Kaufs die Uebergabe der Sache

---

[1]) l. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1. — quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum, a naturali obligatione l. 7 D. de nov. 46, 2. l. 9 § 3, 4 D. de reb. cr. 12, 1.

[2]) Gegen die Stipulationstheorie haben sich erklärt: Pernice, Labeo I S. 467, 445, Mommsen, Beiträge III S. 417 flgd., Bechmann, Kauf I S. 16, 17, 458—461.

[3]) Vertreter derselben u. A. Pernice, Labeo I S. 456 flgd., S. 466 flgd. Für die Miethe: Degenkolb, Miethe S. 688 flgd. S. dagegen: Bechmann, I S. 17, 337 flgd.

gehöre, hätte dahin führen müssen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht als eine wahre exceptio, sondern als Bestreiten des Klagegrundes aufzufassen. Ebenso hätte nach jener Idee der Uebergang der Gefahr erst mit der Uebergabe eintreten können, wie denn auch nach Pernice (a. a. O. S. 463) Alfenus Varus diese Consequenz in l. 13, l. 15 D. de per. et comm. 18, 6 gezogen hat. Machte sich die spätere Entwickelung in der Weise selbständig, daß sie die Perfection ohne Rücksicht auf die Uebergabe annahm, so ist nicht ersichtlich, warum sie nicht ebenso selbständig den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestimmt haben sollte.

Geradezu im Gegensatz zu jener Idee steht vollends der Satz, welcher den Eigenthumsübergang von der Bezahlung des Kaufpreises abhängig machte, da die Uebergabe der Sache, wenn sie für sich allein nicht mehr die Rechtsübertragung bewirkte, damit aufhörte, wirkliche Vorleistung zu sein. Wie wenig endlich bei der Ersitzung pro emptore das Erforderniß der bona fides zur Zeit der Tradition mit der angeblichen ursprünglichen Realnatur des Kaufs zusammenhängt, erhellt schon daraus, daß dasselbe Erforderniß bei dem Titel pro soluto galt, insbesondere auch, wenn die Tradition in Erfüllung einer Stipulation geschah.

Bei der Miethe erklärt sich die Vorleistung des Vermiethers einfach aus der Natur des Gegenstands, da hier Zug um Zug-Erfüllung von selbst ausgeschlossen ist.

3. Bechmann sucht seine Ansicht von der wesentlichen Zweiseitigkeit der Entstehung, aber ursprünglichen Einseitigkeit des Vollzuges und Funktion der Obligationen des Käufers und Verkäufers aus der geschichtlichen Entwickelung der Mancipation bezw. des Naturalkaufes abzuleiten. Allein, wenn auch zweifellos die Mancipation ursprünglich einen wirklichen Austausch von Waare und Geld darstellt, und noch in ihrer zweiten Entwickelungsstufe als imaginaria venditio auf der Idee des Baarkaufs beruht (Bechmann, I S. 230), daneben auch der formlose Naturalkauf vorkam und schließlich die Kaufberedung sich alsbald zu einem wirklichen Consensualcontract ausbildete (I S. 418, 419, 457), so rechtfertigt doch diese Entwickelung keineswegs die Consequenz, daß, wie der Naturalkauf sich im realen Austausch von Waare und Preis, so „das Synallagma beim Consensualcontract sich im Vertragsschluß erschöpfte" und die daraus emanirenden Forderungen „in ihrer Geltendmachung und ihren weiteren Schicksalen sich fortan selbständig und von einander unabhängig gegenüberstehen" (I S. 542—544, II S. 180). Vielmehr wäre die natürliche Consequenz gewesen, daß, wie beim Naturalkauf der Austausch, bei Abwesenheit jedes obligatorischen Moments, sich Zug um Zug vollzieht, so der Kaufcontract eben den Zug um Zug vorzunehmenden realen Austausch zum Ziel und Gegenstand genommen und für jeden Contrahenten ein Recht auf Austausch der gegenseitigen Leistungen begründet hätte!

Gerade mit der Entwickelung des Kaufcontracts aus der Mancipation und dem Naturalkauf ist es nicht vereinbar, daß man bloß bei „der

Zweiseitigkeit der Entstehung" stehen geblieben und sich gegen die inhaltliche Consequenz: die Zweiseitigkeit der Erfüllung eigensinnig verschlossen hätte!

4. Für die principielle Unabhängigkeit der gegenseitigen Obligationen in ihrer Wirkung gegeneinander hat man sich auch auf die Entwickelung der exceptio non adimpleti contractus berufen.

Noch „in den letzten Zeiten der Republik" soll diese exceptio nicht oder doch nicht allgemein[1]) gegolten haben und die Klage auf Leistung von jeder Seite ohne alle Rücksicht auf die Gegenleistung durchführbar gewesen sein. Man stützt sich hierbei auf Varro de re rustica II, 2, 6: Emptor stipulatur prisca formula sic: — haec sic recte fieri spondesne? cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumerantum. Nec non emtor pote ex emto vendito illum damnare si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio si non reddit pretium. Allein diese Stelle verlangt eine ganz andere Deutung.[2]) Die Worte: ex emto vendito illum damnare weisen unzweideutig auf das Proceßstadium unmittelbar vor der Condemnation und besagen also einfach: daß der Käufer den noch in judicio die Tradition weigernden Verkäufer auf das Interesse verurtheilen lassen kann, gleichviel, ob er den Kaufpreis bereits gezahlt hat oder nicht. Als non tradens kann nur Der, der ohne Grund, also trotz Angebots der Zahlung des Kaufpreises die Tradition verweigert, bezeichnet werden. Der erste Theil der Stelle enthält daher denselben Satz, den l. 10 § 9 D. de act. emt. 19, 1 ausdrückt: Idem (Neratius) ait, non tradentem quanti intersit condemnari, cfr. l. 1 pr. D. eod.: Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur. Imgleichen besagt der zweite Theil der Stelle, daß der säumige Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt wird, obschon ihm die Kaufsache noch nicht übergeben ist. Hierbei liegt offenbar die Anschauung zu Grunde, daß, so lange der Verkäufer mit der Uebergabe im Verzuge, nicht der Kaufpreis gezahlt, und so lange der Käufer im Zahlungsverzuge, nicht die Kaufsache übergeben werden braucht, und verwandelt sich somit der Ausspruch Varro's aus einem Argument gegen in ein Argument für die Zweiseitigkeit auch des Vollzuges der gegenseitigen Obligationen.

Demnach fällt auch die Behauptung Bechmann's, daß „das subjectivfunctionelle Synallagma sich in der Zeit zwischen Varro und Gajus im Wesentlichen gebildet und festgestellt" habe (I S. 573)! Vielmehr scheint schon vor Varro beim Kauf die Zweiseitigkeit gerade der Erfüllung

---

[1]) So Dernburg, Pand. II S. 55.

[2]) Pernice, Labeo I S. 459 erklärt dieselbe in der Weise, daß „nach Sicherstellung des Kaufpreises" auf Hergabe der Waare geklagt werden konnte. Allein die Voraussetzung bereits geschehener Satisdation findet in der Stelle keinen Anhalt und stimmt nicht zu dem Schluß: ut ille emptorem simili judicio. Die Stipulation: haec sic recte fieri spondesne? bezieht sich nur auf die Garantie wegen Mängel. Dies gilt auch gegen Puntschart, fundament. Rechtsverh. S. 149, 150.

zum Durchbruch gekommen zu sein. Es ist nicht glaublich, daß die alten Römer so unpraktisch, ihr Rechtsbewußtsein so verbildet gewesen, daß sie den Käufer für befugt erachtet hätten, die Kaufsache zu fordern, ohne die Bezahlung des Preises anzubieten, und dem Verkäufer mit dem Trost auf die Eintreibung des Preises im besonderen Proceß zugemuthet hätten, die Sache ohne Preiszahlung oder Sicherheitsbestellung dafür aus der Hand zu geben. Dafür, daß die bei Gajus IV § 126 erwähnte exceptio mercis non traditae gegen die Klage des argentarius singuläres Recht gewesen, fehlt es an jedem Anhalt.[1])

Unerwiesen und höchst unwahrscheinlich ist die Annahme, daß die exceptio ursprünglich nur dem Käufer gegeben worden, der Verkäufer aber gegen das ungerechtfertigte Verlangen des Käufers schutzlos gewesen sei.[2])

Die Zweiseitigkeit der Erfüllung beim Kauf liegt so sehr in der Natur der Sache, daß für ihre Herausbildung nicht einmal dem Princip der bona fides ein ausschließlicher Einfluß zugeschrieben werden kann.

5. Bechmann will aus der Auffassung heraus: „daß der alte Naturalkauf, die Mancipation, in das Contractssystem als Vollzugsgeschäft aufgenommen und damit auch der Satz, daß das Eigenthum der verkauften Sache nur übergeht, wenn der Kaufpreis bezahlt oder genügend sichergestellt ist, auf das Contractssystem übertragen" sei (a. a. O. I S. 564), erklären, daß „die rechtliche Wirksamkeit der einen Leistung (d. i. der Leistung des Verkäufers) von dem Eintreten der Gegenleistung abhängig sei (objectiv-functionelles Synallagma S. 568, 566) und deßhalb der Vollzug auf Seiten des Verkäufers, die Erfüllung der Verbindlichkeit aus dem Verkauf auch im klassischen Recht keine Zahlung im technischen Sinn, d. h. keine Leistung sei, zu der sich die Verbindlichkeit lediglich als Voraussetzung verhält", wie z. B. bei einem indebitum solutum,[3]) und deßhalb „die Existenz des Kaufs ein immanentes Moment der Erfüllung", d. i. „ein wesentliches Moment ihrer Giltigkeit und Wirksamkeit sei (I S. 582, 564)". Allein dies alles erklärt sich einfach aus der gesetzlichen Bedingung: daß Eigenthum nur übergeht, wenn der Kaufpreis gezahlt oder creditirt ist, wie auch bei jeder anderen datio bei Deficienz der Bedingung der Eigenthumsübergang vereitelt wird und ist nicht ersichtlich, wie hierin ein grundwesentliches Moment des Kaufes liegen soll.

Ebenso verwerthet Bechmann in unzutreffender Weise die Vorstellung, daß „der Kauf immanentes Moment der Erfüllung", zur Erklärung der Erscheinung, daß im röm. Recht ursprünglich auf Grund eines putativen

---

[1]) S. hierüber Bechmann I S. 570. Offenbar ist bei Gaj. IV § 126 (vgl. Keller, Bekker's Jahrb. 4 S. 316) eine Stipulationsklage auf den Kaufpreis vorauszusetzen!

[2]) Aus l. 78 § 2 D. de contr. empt. 18, 1, l. 25 D. de a. e. v. 19, 1 folgt Derartiges nicht. So mit Recht Bechmann I S. 571—573 gegen Dernburg, Compens. S. 68 flgd. und Pernice, Labeo I S. 357—360. Richtig auch Bekker, Aktionen I 373.

[3]) vgl. Bernhöft, Beitrag zur Lehre v. Kauf, in Ihering's Jahrb. Bd. XIV.

Kaufs keine Ersitzung statthaft war (I S. 583). Denn der „Mangel eines wesentlichen Moments des Uebereignungsgeschäfts" erklärt wohl, daß „daraufhin kein Eigenthum übergeht", nicht aber, warum man hier ursprünglich nicht den Putativtitel hat gelten lassen wollen.[1])

Endlich macht auch die Vorstellung, daß „der Kauf im Vollzug reproducirt wird" und nur „so vollzogen wird, wie er abgeschlossen war (Bechmann a. a. O I S. 585)", nicht erklärlich, warum bei der Ersitzung pro emptore bona fides nicht bloß zur Zeit der Uebergabe, sondern auch zur Zeit des Contractsschlusses erfordert wurde. Ersteres war selbstverständlich, da erst mit der Uebergabe die Ersitzung beginnen konnte. Für Letzteres aber sprechen gewichtige praktische Gründe. Es wäre bedenklich gewesen, nachdem einmal der Käufer von dem Eigenthum des Dritten Kenntniß hatte, auf den ihm nachträglich gewordenen guten Glauben hin die Usucapion zuzulassen. Der nachträgliche gute Glaube. trotzdem im Sachverhältniß sich objectiv Nichts geändert hatte, erscheint verdächtig und wird die Quelle desselben in der Mehrzahl der Fälle eine unlautere sein. Dies veranlaßte offenbar die Jurisprudenz, für die Usucapion die nachträgliche bona fides beim Kauf, dem gewöhnlichen Umsatzgeschäft, zu ignoriren. Bei anderen Geschäften, z. B. Stipulation, Schenkungsversprechen, Damnationslegat lag der Verdacht eines unredlichen Verfahrens weniger nahe und wurde es bei der Regel belassen, d. i. bei dem Erforderniß des guten Glaubens bloß zur Zeit der Uebergabe.[2])

Die unter den römischen Juristen streitige Ausschließung des Putativtitels[3]) bezog sich nicht bloß auf den Titel pro emptore, sondern auch auf den Titel pro legato, donato, dote und beruht anscheinend auf der praktischen Erwägung, daß füglich Jedermann wissen muß, ob er einen Kauf abgeschlossen hat, ihm legirt, geschenkt und eine Dos zugesagt ist oder nicht, und daher, falls nicht ein wirkliches derartiges Geschäft zu Grunde liegt, es an der bona fides fehlt. Obschon dieser Satz eine gewisse empirische Richtigkeit hat, bedarf er doch der Einschränkung, da unter Umständen trotz des Mangels eines wirklichen Titels der gute Glaube vorhanden sein kann, und mit dieser Einschränkung hat ihn die spätere Jurisprudenz angenommen.[4])

---

[1]) l. 27 D. de usurp. 41, 3, l. 11 D. pro empt. 41, 4. cfr. l. 48 D. de usuc. 41, 3.

[2]) l. 48 D. de usuc. 41, 3: in caeteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest, quum stipulor sciam esse alienum nec ne. sufficit enim me putare tuum esse quum solvis. in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur; nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto sicuti in caeteris contractibus (Paulus lib. II manual.). l. 2 pr. § 13 D. pro empt. 41, 4. l. 7 § 16, 17 D. de Publ. 6, 2 ... sed oportere et tunc bona fide emtorem esse.

[3]) l. 11 D. cit. 41, 4, l. 27 D. cit. 41, 3.

[4]) l. 11 D. cit. 41, 4. Ueber die sonstigen Ansichten betreffs der bona fides bei Ersitzungen vgl. Bechmann I S. 590 f. Anm. 3.

§ 55. Eigene Ansicht: Das primitive Synallagma.

Das synallagmatische Rechtsgeschäft kommt in dreifacher Form vor: entweder als zweiseitiges Realgeschäft, d. h. so, daß die beiden Leistungen Zug um Zug erfolgen, oder als Creditgeschäft, d. h. so, daß nur die eine Leistung erfolgt, die andere aber creditirt wird oder als zweiseitiges Consensualgeschäft, d. i. so, daß beiderseits die Leistungen hinausgeschoben werden.

Das zweiseitige Realgeschäft ist die älteste Form des Synallagma. Wo im primitiven Verkehr das Bedürfniß des Austausches sich geltend macht, ist es ein unmittelbares, ein solches, das alsbaldige Befriedigung erheischt und dem nicht mit der Sicherung für die Zukunft abgeholfen ist. Hierzu kommt, daß der Mangel eines ausgebildeten Obligationenrechts die Contrahenten von selbst auf den Weg des sofortigen beiderseitigen Vollzuges verweist.

Allein die beiderseitige Realleistung steht bereits völlig unter der Herrschaft der synallagmatischen Idee. Denn die Idee: daß für ein gewisses Etwas ein gewisses Andere geleistet werden soll, das hierüber unter den Parteien erzielte Einverständniß, die hierauf gerichtete Beredung ist nicht eine bloße „factische Vorbereitungshandlung", wie „z. B. die Herbeischaffung der Sache, Bereithaltung des Kaufpreises, Zusammenberufung der Zeugen u. s. w"[1]), auch nicht bloß die factische Veranlassung zur Vornahme der beiderseitigen Leistung, sondern die rechtliche Basis des ganzen Geschäfts: einmal der Rechtsgrund für die beiderseitige Leistung, so daß eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen ist, sodann der Maßstab dafür: ob durch die Leistung des Einen dem Anderen Genug geschehen und die rechtliche Beziehung, in welche die Parteien eingetreten, in der That erschöpft ist. Bringt auch die Vorberedung auf dem Standpunkt des Realgeschäfts noch keine klagbaren Ansprüche hervor, so ist sie doch dasjenige Moment, welches die beiderseitigen Leistungen in Zusammenhang setzt und zu einem organischen Ganzen verbindet. Der obligatorische Grundcharakter des Synallagma: das gegenseitige Sollen wohnt auch dem zweiseitigen Realgeschäft inne und kommt zum Durchbruch, sowie Leistung und Gegenleistung sich nicht decken, indem hier die ungenügende und unvollständige Leistung die Nothwendigkeit einer Genugthuung herausstellt und die Incongruenz der beiderseitigen Leistungen obligatorische Ansprüche, sei es zum Ersatz oder zur Strafe, hervortreibt. Hiermit aber beginnt die Entfaltung der obligatorischen Grundbeziehung des Synallagma.

Daß die Entwickelung des synallagmatischen Contracts von dem zweiseitigen Realgeschäft ausgegangen ist, zeigt vor Allem die Geschichte des Kaufs. Dieser geht ursprünglich im allgemeinen Begriff des Austausches von Sache gegen Sache auf, entwickelt sich aber alsbald zu einer beson-

---

[1]) Wie Bechmann, Kauf I S. 204, 417, meint.

deren Art von Austauschgeschäft, nämlich als specifisches Umsatzgeschäft, das bezweckt, für eine hinzugebende Sache solche Sachen zu erhalten, welche in der Verkehrs-Gewöhnung in größerem Umfange als Tauschmittel anerkannt sind, also Sachen, die vermöge ihrer Unentbehrlichkeit oder allgemeinen Brauchbarkeit eine relativ sichere Möglichkeit gewähren, dafür Sachen anderer Art zu erlangen. Die Sachen, denen diese Eigenschaft innewohnt, heben sich von der großen Masse der gemeinen Tauschobjecte ab und bilden die naturalen Werthmesser, Tausch- und Zahlungsmittel. Sie erfüllen in primitiver Weise die Funktion, welche im entwickelten Verkehr dem Gelde zufällt. Als derartige primitive Werthmesser und Tauschmittel begegnen im Alterthum rohes Erz, Eisen, Thierhäute, besonders aber Sklaven und Vieh.[1]) Es scheint sogar — wenigstens was griechische und römische Verhältnisse anlangt — das Vieh als Grundlage aller Werthbemessung bezeichnet werden zu müssen. Die goldene Rüstung des Glaukos, die eherne des Diomedes wird nach Rindern geschätzt[2]), also auf den Viehwerth gebracht. Das älteste römische Geld: gegossenes Erz, war mit Viehmarke versehen, und die uralten Viehbußen wurden später in Geld umgerechnet[2]); pecunia in seiner ursprünglichen Bedeutung ist offenbar der Vorgänger des aes, und resultirt seine spätere Bedeutung als Vermögen erst aus der Identificirung von Vermögen und Geld.

Somit unterschied sich der Kauf vom eigentlichen Tausch, wie später durch seine Richtung auf den Geldpreis, so schon in der Vorzeit durch seine Richtung auf den Naturalpreis, indem der Umsatzwerth beim eigentlichen Tausch sich nur als concurrirendes Motiv geltend macht, nicht aber, wie beim Kauf, dem einen Bestandtheil des Geschäfts einen bestimmten Charakter giebt, den Gegenwerth als Preis qualificirt. Beim Kaufobject kommt vorwiegend der Tauschwerth, beim Tauschobject vorwiegend der Gebrauchswerth in Betracht; die Gegenleistung kann beim Kauf nur in Sachen anderer, beim Tausch aber auch in Sachen derselben Art und Gattung bestehen; das Sachbedürfniß ist beim Kauf ein einseitiges, auf Seiten des Käufers vorhandenes, beim Tausch ein auf beiden Seiten vorhandenes. Kauf und Tausch wurden schon im Alterthum als verschiedenartige Geschäfte erkannt.[3])

Wenn die Sabinianer behaupteten[4]), daß der Kaufpreis auch in an-

---

[1]) Ilias 6, 235—236: *ὃς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχ' ἄμειβεν χρύσεα χαλκείων, ἑκατόμβοι' ἐννεαβοίων.* Weitere Belege bei Büchsenschütz, Besitz und Erwerb 465 flgd. Voigt, 12 Taf. I. S. 195—196. v. Savigny, Oblig. I. S. 408.

[2]) Festus v. Maxima: ovibus duabus multabantur apud antiquos in minoribus delictis, ut in majoribus 30 bobus ... sed postea aere signato uti civitas coepit ...

Vgl. dazu Voigt 12 Tafeln I S. 196 Note 6.

[3]) S. die Belege aus Homer in l. § 1 D. de contr. empt. 18, 1: *πρίασθαι — ἀμείβειν,* (Odyss. 1, 430. Ilias, 6, 235).

[4]) Gaj. III § 141, § 2 J. de empt. 3, 23.

deren Sachen als baares Geld bestehen könne, so lag hierin ein Stück geschichtlicher Wahrheit, insofern diese Ansicht in Beschränkung auf die naturalen Tauschmittel gerechtfertigt ist und das proculejanische Gegenargument, daß beim Tausch Waare und Preis sich nicht unterscheiden lassen, nur gegen die begriffliche Gleichstellung von Tausch und Kauf gerichtet ist.[1])

Durch das Geldwesen werden die naturalen Tauschmittel als solche verdrängt, behalten jedoch noch einstweilen ihre Bedeutung als Werthmesser, indem das Erzgeld (aes signatum) in Anschluß an die bisherige Werthrechnung in Stücken hergestellt wird, deren Quantität einem bestimmten Viehwerth (z. B. Werth eines Rindes, Schafes) entsprach (Viehgeld in diesem Sinne).[2]) Diese Grundlage der Werthrechnung wird ihrer Unzweckmäßigkeit wegen sehr bald verlassen und durch das pfündige As als Rechnungseinheit ersetzt. Die Geldstücke (einfache, Doppel-, Halb- und Viertel-Asstücke) wurden noch zur Zwölftafelzeit (Gajus I § 122) nicht zugezählt, sondern zugewogen und zwar ohne Unterschied, ob die Summe „groß" oder „klein" war[3]), also nicht aus Bequemlichkeit und zur Erleichterung des Zahlungsgeschäfts[4]), sondern lediglich deßhalb, quia vis et potestas eorum nummorum non in numero erat, sed in pondere (Gajus a. a. O.), d. h. weil sie nicht mit einer officiellen, sicheren Gewichtsangabe, einem staatlichen Werthstempel versehen waren und deßhalb die Richtigkeit der Zahlung nicht anders als durch Gewicht festgestellt werden konnte.[5])

---

[1]) Daß die Sabinianer nicht, wie Bechmann I S. 6 meint, bei ihrer Ansicht lediglich von dem practischen Zweck, den Tauschcontract durch Subsumtion unter den Kauf klagbar zu machen, sondern wesentlich von theoretischen Erwägungen geleitet wurden, ergiebt die Begründung ihrer Ansicht.

[2]) Plin. H. N. 18, 3, 12: Servius rex ovium boumque effigie primus aes signavit. ibid. 33, 3, 43. Varro, de R. R. 2, 1, 9: aes antiquissimum, quod est flatum, pecore est notatum. In einem anderen Sinne spricht Huschke, Serv. Tullius S. 122 f. Multa S. 16 von „Viehgeld".

[3]) worauf z. B. Meyer, röm. Alterthümer (6. A. S. 96) Gewicht legt.

[4]) Im Gegentheil wurden die Pfunde einzeln zugewogen, Gaj. III § 174. Vgl. Bechmann Kauf I S. 77.

[5]) Richtig in ihrem negativen Theil ist die Ansicht von Mommsen, röm. Münzwesen S. 252—265: daß es bis zu den 12 Tafeln kein gemünztes Geld gegeben. Künstlich und mit der Darstellung des Gajus nicht vereinbar ist die Ansicht, welche das Zuwägen des Geldes daraus erklären will, „daß theils neben dem gezeichneten Geld (aes signatum) noch rohe Erzbarren (aes rude) bei Zahlungen üblich gewesen", theils „bei der großen Mannichfaltigkeit der circulirenden italischen Erzmünzen die Reduction auf ihr Gewicht" das Einfachste gewesen (Walter, R. Rechtsgeschichte § 186). Die Herstellung der Geldstücke bei den Römern war ursprünglich Privatsache. Das Geldwesen wie die Aufstellung allgemeiner Tauschmittel überhaupt ist zunächst ein Product des Verkehrs. Der Staat soll das Geldwesen nicht erschaffen, sondern nur ordnen und beaufsichtigen. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht I S. 1077—80. Knies, Geld und Credit S. 107—109. Bechmann I S. 86. Die Einsetzung der triumviri monetales (ca. 520 a. U. C.) bezeichnet bei den Römern den Eintritt der staatspolizeilichen Fürsorge für das Geldwesen.

§ 56. Aes et Libra.

Mit dem Gebrauch dieses Geldes entwickelte sich das Naturalgeschäft zum Geldgeschäft. Der Typus des letzteren ist aes et libra: Geld und Gewicht. Es umfaßt alle Fälle, in denen in solenner Weise solvendi oder credendi causa Erzgeld zugewogen wird: also ebensowohl die Zahlung des Kaufpreises als die Hingabe der Darlehnsvaluta und Zurückzahlung des Darlehens. In der alten Rechtssprache hieß das Geldgeschäft als solches: nexum.[1]) Wenn Mamilius und Aelius Gallus darunter auch die mancipatio mitumfaßten, so geschah dies offenbar nur mit Bezug auf den geldgeschäftlichen Theil der mancipatio: auf die Bezahlung des Kaufpreises, die Uebertragung von Geld zu Eigenthum als Preis. Dagegen konnte mit jener Terminologie wohl nicht beabsichtigt sein, das mancipium auch mit seinem specifischen sachenrechtlichen Bestandtheil in dem nexum aufgehen zu lassen. Der Gesichtspunkt des nexum sollte offenbar nur die historische Grundlage aller aes et libra-Geschäfte, ihren gemeinsamen Grundcharakter als altcivile Geldgeschäfte zum Ausdruck bringen. Wenn Mucius demgegenüber den Begriff des Nexum, unter Ausschluß nicht nur des mancipium, sondern auch der nexi liberatio, lediglich von der nexi obligatio verstehen wollte, so entging ihm die Grundbedeutung von nectere (= civiliter contrahere), während der entgegengesetzte und zu Cicero's Zeit[2]) jedenfalls herrschende Sprachgebrauch die Unterscheidung des specifisch-dinglichen und des geldgeschäftlichen Moments im mancipium einerseits und die Unterscheidung zwischen dem nexum credendi und dem nexum solvendi causa factum andererseits keineswegs ausschloß.[3])

---

[1]) Varro de L. L. VII, 105: Nexum Mamilius scribit omne quod per aes et libram geritur, in quo sint mancipia. Mucius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Festus v. nexum: Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur, quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. v. nexum aes: pecunia, quae per nexum obligatur.

[2]) cfr. Cic. de or. 3, 40, 159: nexum quod per libram agitur, pro Mur. 2, 3. pro Caec. 35, 102. Top. 5, 28 (Boëth. in Top. 322) Parad. 5, 1, 35 ad Fam. 7, 30, 2.

[3]) Das eigenthümliche Wesen des Nexum als Geldgeschäft wird in Frage gestellt durch Voigt (XII Taf. S. 197) der ein „Nexum von Fischen u. a." für möglich hält. Allein die Objecte des Darlehns lassen keinen Rückschluß auf den Gegenstand des nexum zu. Aus Gaj. III §§ 173, 175 folgt nur, daß eine Obligation auf Etwas, quod pondere numero bezw. quod mensura constat auch mittelst Erzgeldes — per aes et libram — bezahlt werden, nicht aber, daß die nexi lib. auch anders als mittelst Erzgeldes geschehen konnte. Sehr gewagt ist es, aus den außer allem Zusammenhang von Varro L. L. VI, 7, 60 Festus 173 a, 9 berichteten Worten: nuncupata pecunia zu entnehmen, daß „die 12 Tafeln das Object des nexum nicht als aes, sondern als pecunia nuncupata bezeichnen", zumal nach den bei Festus mitgetheilten Definitionen von Cincius und Santra diese Worte auch individuelle Sachen umfaßten.

Die Verkörperung des zweiseitigen Realgeschäfts unter der Herrschaft des Geldwesens ist die: Mancipatio.

Die Mancipatio war ein Kauf, ursprünglich ein wirklicher, später ein imaginärer[1]), aber ein Kauf von sehr eigenthümlicher Form!

Sie zerfällt inhaltlich in zwei Hauptbestandtheile: 1) die Eigenthumsüberlassung, 2) die Preiszahlung.

Die Eigenthumsüberlassung besteht aus zwei Momenten: einer ausdrücklichen Erklärung des Erwerbers, und einer stillschweigenden Erklärung des Veräußerers.

Die ausdrückliche Erklärung des Erwerbers ist eine solenne, durch Angabe der Erwerbscausa motivirte Eigenthumsbehauptung, bei Mobilien verbunden mit einer symbolischen Bethätigung durch Ergreifen des Erwerbsstücks (manucapere). Die gesammte Aktion des mancipio accipiens charakterisirt sich als Vindication.[2]) Die Eigenthumsbehauptung (Inanspruchnahme der Sache zu Eigenthum) lautet nach der handschriftlichen Ueberlieferung bei Gajus, I § 119: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra. Die Lesart: est, deren Richtigkeit mit Rücksicht auf Gajus II, 104 und III, 167, wo sich esto findet, auf Zweifel stößt, wird außer dem Veronensischen Codex durch Boëthius, Top. 5 § 28 (ed. Baiter p. 322) und durch Fragm. Vat. § 50 bestätigt, und hat ferner für sich, daß sie den logischen Zusammenhang des emptum esse mit der voraufgehenden Eigenthumsbehauptung wahrt, da, wenn die Sache bereits quiritarisches Eigenthum des Käufers ist, dieser sie nicht erst noch zu kaufen braucht, und überhaupt gar nicht mehr kaufen kann. Die auf den Kauf bezüglichen Worte enthalten lediglich die Berufung auf die justa causa des Erwerbes.

Das mit der Eigenthumsbehauptung verbundene manucapere hat symbolische Bedeutung als Ausdruck des Erwerbes zu freiem Eigen.[3]) Mancipium bedeutet das durch Ergreifen von Personen oder Sachen begründete körperliche Herrschaftsverhältniß, concret ausgedrückt: das Eigenthum an Sklaven und Vieh (familia pecuniaque), Eigenthum an Mobilien. Dieses Eigenthum war frei und veräußerlich und bildete den Gegensatz zu Grund und Boden, zu einer Zeit, wo diese sich noch im Staats- und Familieneigenthum befanden. Res mancipi in ursprünglicher Bedeutung sind die im Individualeigenthum stehenden und frei veräußerlichen Gegenstände. Feld und Flur waren Gemeindeeigenthum: ager publicus; Besitz und Nutzung daran (locorum possessiones) standen den gentes zu.[4])

---

[1]) S. über diese Frage besonders Bechmann, Kauf I S. 68 flgd. S. 187 flgd.

[2]) Gut ausgeführt von Voigt, 12 Taf. II S. 130 flgd.

[3]) Abwegig die Vorstellung von Puchta, Instit. § 238, daß „die Mancipatio dem Kauf aus der Beute nachgebildet" sei.

[4]) Mommsen, Röm. Gesch. I S. 187, Anm. *. Cic. de rep. 2, 9, 14.

Haus und Hof waren Familieneigenthum: heredium[1]), welches einer festen Successionsordnung unterworfen und insbesondere der willkürlichen Verfügung des pater familias entzogen war.[2]) Nach Auftheilung des ager publicus und Durchbrechung des Familienprincips wurde auch Grund und Boden res mancipi und der mancipatio, d. i. der freien Veräußerung, Uebertragung von Hand zu Hand, zugänglich. Mit der Ausdehnung des freien Eigenthums auf Immobilien erhielt die mancipatio höchstwahrscheinlich ihre uns überlieferte solenne Gestalt. Ursprünglich kann sie nur der naturale verkehrsübliche Austausch von Waare und Preis gewesen sein und verstand sich bei ihr, seitdem an Stelle der naturalen Werthmesser das aes rude getreten war, der Gebrauch von aes et libra von selbst. Die Solennisirung derselben, insbesondere durch die vorgeschriebene Anzahl von Zeugen, hat neben dem praktischen Grund, durch testificatio für die Rechtsgewißheit zu sorgen, wesentlich den rechtspolitischen Grund, in der Erschwerung der Uebertragungsform ein Gegengewicht gegen die Freigebung des Grund und Bodens und Mißbrauch der Veräußerungsbefugniß zu schaffen und spricht gerade hierfür die Fixirung der Zeugenzahl auf eine größere Zahl als zum Zwecke der bloßen Beglaubigung und Sicherung des Beweises an sich erforderlich ist.[3])

Für die juristische Structur der mancipatio diente offenbar die in jure cessio als Vorbild. Allein daraus ist noch nicht zu folgern, daß vordem die in jure cessio überhaupt die einzige Form der Eigenthumsübertragung gewesen und also „die Eigenschaft einer res mancipi damals nicht eine Beschränkung, sondern eine Erweiterung ihres Erwerbes, die Befreiung von der Nothwendigkeit der in jure cessio“ bedeutet habe

---

[1]) Plinius, H. N. XIX, 4, 50: in XII tab. nusquam nominatur villa, semper in significatione ea ‘hortus’, in horti vero ‘heredium’ d. i. hortus bedeutet im alten Sprachgebrauch: Haus und Hof (Gehöft, χόρτος). Das Gartenland, zum Hause gehörig, wurde unter heredium mitbegriffen. A. M. Voigt, 12 Taf. II S. 335, welcher meint, daß heredium „theils den ager: die Feldflur oder das Gartenland, theils den hortus oder ortus: den Bauerhof“ umfaßt. Richtig Mommsen a. a. O. I S. 188 zu Anm. **, nur kommt heredium von heres, nicht, wie er meint, von herus, dies vom Sanskrit. hr, worüber s. Ihering Geist I § 10 Note 11. Voigt, 12 Taf. II S. 86 Note 9 u. 5.

[2]) Varro, R. R. I, 10, 2: bina jugera, quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae haeredem sequerentur, haeredium appellarunt. Dazu Schwegler, röm. Gesch. II, 444. N. 1, 2. Mit Unrecht dagegen Voigt, a. a. O. II S. 341, 342, der sich selber widerlegt durch die Bezugnahme auf das bei Aristoteles, Polit. II, 7 ed. Bekker erwähnte locrische Gesetz: ἐν Λοκροῖς νόμος ἐστὶ μὴ πωλεῖν τὴν οὐσίαν, ἐὰν μὴ φανερὰν ἀτυχίαν δείξῃ συμβεβηκυῖαν. ἔτι δὲ τοὺς παλαιοὺς κλήρους διασώζειν.

[3]) Unbefriedigend die Ansicht: daß „mittelst der fünf das Volk in seinen 5 Klassen repräsentirenden Zeugen das Mancipationsgeschäft unter öffentliche Autorität gestellt worden sei“ Ihering Geist I § 11 b Note 58 a, Bechmann Kauf I S. 78. S. über diese und andere Ansichten die zutreffenden Bemerkungen von Voigt, 12 Taf. I S. 168—170, der seinerseits den Zeugen keine über die einfache Wahrnehmung hinausgehende Function beigelegt wissen will.

(Puchta, Inst. § 238). Die mancipatio ist vielmehr altitalische Geschäftsform, die höchstwahrscheinlich in freier Weise, ohne solennitas verborum und ohne feste Zeugenzahl, im Verkehr geübt wurde und in dieser naturalen Gestalt weit älter ist als die in jure cessio! Die Anlehnung derselben in ihrer solennisirten Gestalt an die in jure cessio ist offenbar auf Rechnung der juristischen Technik zu setzen, der die Adaptirung des In-Jure-Cessions-Schema's am nächsten lag und ein anderes Constructionsmittel nicht geläufig war.

Aus der angedeuteten rechtspolitischen ratio der solennisirten Mancipatio erklärt sich befriedigend die Begrenzung ihres Anwendungsgebiets: zunächst ihre Beziehung auf praedia in Italico solo (Gaj. II § 27, Ulp. XIX § 1) und deren Accessionen: die servitutes praediorum. Wenn hierbei nur die servitutes praediorum rusticorum, nicht aber die servitutes praediorum urbanorum in Betracht kamen, so erklärt sich dies daraus, daß die Entwickelung der letzteren erst in die Zeit nach Einführung der solennen Mancipatio fällt. Die übrigen res mancipi servi, quadrupedes quae dorso collove domantur mögen theils wegen ihrer Eigenschaft als älteste res mancipi, theils als nothwendige oder übliche Inventarstücke städtischer wie ländlicher Grundstücke oder letzterer allein auch für die solenne Mancipation beibehalten worden sein. Seitdem setzt sich der Begriff der res mancipi in Beziehung zur Mancipation, so daß res mancipi solche Sachen sind, die privatgeschäftlich, d. h. außergerichtlich nur durch Mancipatio übertragen werden konnten. Der Begriff der res mancipi ist auf die Nothwendigkeit, nicht aber bloß auf die Möglichkeit[1]) der Mancipation zu stellen, da sich nur für erstere, nicht aber für die Beschränkung der letzteren ein innerer Grund anführen läßt, vielmehr die Mancipation an sich auch bei allen anderen Gegenständen möglich und diese ihrer fähig sind. Hiernach müßte die Mancipation einer res nec mancipi ebensowohl den Eigenthumseffect gehabt haben, wie die einer res mancipi. In der That kommen auch Anwendungen der Mancipation bei Objecten vor, die an sich res nec mancipi[2]), z. B. abgesehen von der coemptio mulieris und mancipatio filii die mancipatio familiae (Gaj. II § 102—104), mancipatio hereditatis (Gaj. II § 252), mancipatio fiduciae causa (Gaj. II § 59, 60, bei ollae cinerariae, columbaria, ollaria und sonstigen Gegenständen von bleibendem Werth, wie margaritae, gemmae (Plinius, H. N. IX, 35 § 117, 124). Im Ritual der Mancipation lag Nichts, was die Anwendbarkeit derselben auf Gegenstände dieser Art ausgeschlossen hätte,

[1]) wie Puchta, Inst. II § 238 zu Note x, y thut; seine Argumente sind jedoch unzutreffend.

[2]) Richtig Voigt, 12 Taf. II S. 129 Note 6, 7. In Cic. Topic. 10: finge mancipio aliquem dedisse id, quod mancipio dari non potest. Num idcirco id ejus factum est, qui accepit? ... bezieht sich das id, quod mancipio dari non potest nicht auf res nec mancipi, obschon Boëthius dies annimmt, sondern auf res extra commercium. Vgl. auch Bechmann Kauf I S. 324, der die Stelle auf Provinzialgrundstücke bezieht.

insbesondere war hier das manucapere mindestens ebenso möglich wie bei den eigentlichen res mancipi mobiles.[1])

Der Aktion des mancipio accipiens entsprach ein völlig passives Verhalten des mancipio dans, der durch sein Stillschweigen und die Annahme des Preises die Berufung des mancipio dans auf die causa emptionis und den darauf beruhenden Eigenthumserwerb als rechtsgültig anerkannte. Die Analogie der in jure cessio war auch hierin maßgebend.[2])

Für die Frage, ob und inwiefern aus der Mancipatio sich der Kaufcontract entwickeln konnte, kommt es darauf an, ob dieselbe obligationsbegründende Bestandtheile an sich enthielt oder doch in sich aufnehmen konnte. Derartige Bestandtheile mußten den Erfordernissen solenner Verpflichtung, wie solche sich aus dem obligationsbegründenden aes et libra-Geschäft: dem nexum ergaben, entsprechen. Es fragt sich daher weiter, welche Erfordernisse

das Nexum

stellte. Die Formel desselben ist nicht überliefert, konnte aber vorweg nicht so gelautet haben, wie nach Huschke gemeinhin angenommen wird: auf ein damnare des Schuldners! auf damnas esto! Denn wie stand dem künftigen Gläubiger das Recht zu einer solchen Damnation, condemnandi potestas zu?[3]) Man verweise nicht auf die Damnationsbefugniß des Testators, denn das legare suae rei war ihm grundgesetzlich gewährleistet. War aber die Damnationserklärung ein Akt, der dem Gläubiger gar nicht zustand, so war sie ein völlig bedeutungsloses Faktum, das auch nicht durch das Stillschweigen des künftigen Schuldners zu rechtlichem Effekt gelangen konnte. Erscheint so das damnatus esto unmöglich, so kann auch von einem damnatus es keine Rede sein, weil, wenn eine Damnation bereits vorlag, dem Gläubiger ein unzweifelhaftes Recht bereits zustand, und eine nochmalige Begründung desselben ausgeschlossen war. Die Formel kann daher nur auf die Behauptung

---

[1]) Ueber die Vertretung der Sache durch ein Bruchstück wie im Sakramentsproceß vgl. Voigt, 12 Taf. II S. 133, 134 Note 10, 11, dem jedoch in der Unterscheidung zwischen rem manu apprehendere und rem manucapere (S. 134) nicht beizutreten sein dürfte.

[2]) Gajus II § 24: quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit sc. praetor. Für eine „consonirende Rede" des mancipio dans war kein Raum. A. M. Voigt, 12 Taf. II S. 137, jus naturale III A. 67, 1168.

[3]) damnas esto ist der Ausspruch der Gerichtsgewalt: Serv. in Aen. XII 727: in jure cum dicitur: damnas esto, hoc est damnatus es ut des, hoc est damno te ut des neque alias liber eris (Voigt, 12 T. I S. 669 Note 31 II S. 651), ferner der gesetzgebenden Gewalt: lex Mamilia c. 4, 5: Sest. V milia numorum in publicum — dare damnas esto et si is unde ea pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deve bonis ejus primo quoque die exigito (Gromat. vet. p. 265) l. 2 pr. l 27 § 5 D. ad legem Aquil. 9, 2. Gaj. 4, 25. Nach Analogie des Gesetzes: die damnatio populi im Comitialproceß (hierüber die Beläge bei Voigt 12 Taf. I S. 651 Note 22—23), sowie der Ausspruch des Testators. Die Judicatio u. condemnatio folgte im Comitialproceß der damnatio nach, Voigt a. a. O. I S. 651—652.

des Forderungsrechts gegangen sein und mußte im Uebrigen das Zuwägen des Geldes in dem Geschäftsakt selbst zur Erscheinung kommen, indem die bloße historische Erwähnung, daß das Geld Zwecks des Nexum bereits ausgezahlt sei, zu einem wirklichen aes et libra-Geschäft nicht genügte. Nach beiden Richtungen hin verstößt die Formelrestitution von Huschke, Nexum S. 50 und Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II S. 292: quod ego tibi mile libras aeris hoc aere aeneaque libra nexas dedi (!), earum tu mihi illis Kalendis damnas esto (!!). Die erst per aes et libram erfolgende Begründung der Verpflichtung konnte bei diesem Begründungsgeschäft unmöglich in bloßer historischer Erwähnung (demonstratio) vorkommen. Die demonstratio war am Platz bei der nexi liberatio (Gaj. III § 174), die ich in ihren Schlußworten folgendermaßen restituire: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram postremamque expendo, quantum tibi jure obligatus sum.[1]) Dies entspricht den Lesungen: von Bluhme: juro(e)lligat', Göschen: turobligat' und selbst der von Studemund: mpublicam (. . . bli . a .) in den Anfangsbuchstaben. Die Lesart: lege jure obligatus für sich allein giebt ebensowenig einen zutreffenden Sinn als die Emendation von Huschke-Krüger: (secundum) legem publicam.

Die Formel des Nexum hat daher etwa folgendermaßen gelautet: ajo te mihi mile libras aeris dare oportere eoque nomine mihi obligatus obstrictusque es hoc aere aeneaque libra.[2])

Wie die Mancipatio Eigenthumsüberlassung für Geld, so war das Nexum Verpflichtung durch Geld. Konnte aber bei einem Aes et Libra-Geschäft eine Verpflichtung nur eben durch aes et libra entstehen, unter gleichzeitigem Gebrauch der verpflichtenden Formel, so ergiebt sich, daß die Mancipatio hiezu nicht geeignet war. Denn aes et libra kam bei ihr zur Anwendung nicht zum Zweck der Verpflichtung, sondern zum Zweck der Aequivalentleistung, gewissermaßen also solvendi causae. Der Preis wird gezahlt für die Ueberlassung der Sache als solche, nicht aber etwa zugleich dafür, daß der Veräußerer für Eviction oder Mängel einstehen soll. Die Gewährleistungspflichten haben ihren besonderen Grund. Ohnehin waren diese ihres eventuellen und relativen Charakters wegen kein tauglicher Inhalt für ein Aes et Libra-Geschäft, welches einen absolut bestimmten Gegenstand (certum) verlangte. Mancipium und Nexum waren gegeneinander festabgegrenzt. Einer Combination beider hätte überdies das Erforderniß der unitas actus entgegengestanden.

---

[1]) Cic. Fam. 6, 11: obligatus ei nihil eram!

[2]) Für die Ausdrücke obligatus, obstrictus sprechen Varro, L. L. 7, 5, Festus 166a, Cic. pro Murena 2, 3. Cic. Fam. 13, 18: te ita existimare volo, quibuscunque rebus Atticum obstrinxeris, iisdem me tibi obligatum fore, Fam. 11, 10: ut omnes jam meos amicos aere alieno obstrinxerim. Ferner die Glosseme bei Voigt II S. 460 Note 25, bes. gl. Paris. ed. Hildebrand, 218: nexus: obligatio, obligatus.

Die Nuncupatio durfte nicht über die Natur des Geschäfts hinausgehen und Nichts enthalten, was nicht im Bereich des letzteren unterzubringen war. Es mußte bei der Mancipatio der Charakter des Veräußerungsgeschäfts, beim Nexum der Charakter des einseitigen Verpflichtungsgeschäfts gewahrt bleiben. Eine Nuncupatio mit obligatorischen Momenten bei der mancipatio oder vindikatorischen Momenten beim Nexum war ein Unding, da mancipium und nexum sich schlechterdings ausschlossen. Die beiden Geschäften durch den 12 Tafelsatz: Cum nexum faciet mancipiumque beigelegte rechtserzeugende Kraft verstand sich von jedem nur innerhalb seiner Sphäre.

Im Gegensatz dazu bezog sich der Satz: Uti legassit nicht auf die Form, sondern die materielle Statthaftigkeit der letztwilligen Verfügungen, indem er dem Bürger unbeschränkte Testirfreiheit gewährte. Dies ergiebt unzweifelhaft z. B. l. 120 D. de V. S. 50, 16: Verbis legis 12 Tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est, vel legum vel auctoritate jura constituentium (Pomp. ad Q. Muc.) l. 80, l. 130 D. eod. Gaj. II § 224. Ulp. XI, 14.

Als Form des Testaments setzen die 12 Tafeln das Comitialtestament voraus. Das Mancipationstestament hat sich erst später und zwar zunächst nur als Nothbehelf (Gaj. II § 102 si (quis) subita morte urgebatur) entwickelt. Wenn diese Form demnächst die allein practische wurde, so leuchtet ein, daß die formelle Gültigkeit der letztwilligen Nuncupatio nur auf der Mancipationsform beruhen kann, also lediglich auf dem Satz Cum nexum faciet mancipiumque, nicht aber auf dem Satz: Uti legassit. Dieser begründet vielmehr nur die materielle Gültigkeit der letztwilligen Verfügung. Bei der absoluten Bedeutungslosigkeit desselben hinsichtlich der Form konnte derselbe auch nicht, wie Pernice, Labeo I S. 474 flgd. annimmt, den „Ausgangspunkt für die Klage auf Erfüllung bei formlosen Verabredungen nach einseitiger Leistung“ bilden. Nicht die Idee, daß die „Vergabung des Vermögens“ als solche den dabei getroffenen Anordnungen (lex rei dicta) Kraft zu verleihen im Stande ist, sondern lediglich die staatsgrundgesetzliche Ausdehnung der Privatautonomie auf das Schicksal des Vermögens nach dem Tode, auf das id, quod quis post mortem suam fieri velit (l. 1 D. qui test. f. p. 28, 1), die Verleihung der Testirfreiheit ist die „rechtliche Grundlage der lex“, d. i. der nuncupatio beim Mancipationstestament. Die Befugniß zur Vergabung des Vermögens von Todeswegen ist keineswegs Etwas Selbstverständliches. Die Einkleidung der letztwilligen Vergabung in die Mancipationsform beweist doch wohl zur Genüge, daß jene ohne diese oder eine andere gleichwerthige Form (Comitialform) keinen rechtlichen Bestand haben konnte.

Die Nuncupatio des Testators beim Mancipationstestament hält sich

nun ferner durchaus in den durch die Natur der Mancipatio vorgezeichneten Grenzen und steht in organischer Verbindung mit dem Hauptbestandtheil des Geschäfts selbst, insofern sie sich in ihrer Gesammtwirkung lediglich als eine Beschränkung des dem familiae emptor eingeräumten Rechts auf die Familia darstellt, auf welche selbst schon die vom familiae emptor gesprochene Formel hindeutete. Daß die Nuncupatio des Testators im Sinne jener Beschränkung aufgefaßt wurde, ergiebt die alte Definition des legatum als delibatio hereditatis, l. 116 pr. D. de leg. 1 (30).

Steht aber nicht das Damnationslegat, die Begründung einer Obligation durch Mancipatio mit der Idee der letzteren in Widerspruch? Keineswegs! Der Begründung einer Obligation durch gewöhnliche Mancipation stand Nichts entgegen von Seiten der Form — waren doch aes et libra die gemeinsame Form der Mancipatio wie des Nexum! Das Hinderniß bestand nur von Seiten der materiellen Voraussetzungen. Durch bloße nuncupatio konnten bei der gewöhnlichen Mancipation weder gegen den Käufer noch den Verkäufer Verpflichtungen begründet werden, vielmehr hätte es hiezu wieder des Zuwägens von aes mit verpflichtender Formel bedurft, was sich schon wegen der unitas actus verbot.

Dieses Hinderniß fiel fort bei der mancipatio familiae. In dem legare war ein genereller Begründungsmodus für Rechte und Verbindlichkeiten mortis causa geschaffen, und konnte die nuncupatio des Testators an die vom emptor gesprochene Mancipationsformel als beschränkende Nebenbestimmung sich rechtsgültig anschließen.

Das Resultat des Obigen ist: die gewöhnliche mancipatio konnte keine obligationsbegründende Nuncupatio in sich aufnehmen.

§ 57. Gewährschaftsklage des älteren Rechts.

Vielfach ist in den Quellen die Rede von: in lege mancipii dicere, in mancipio declarare, z. B. in mancipio lumina uti tum essent ita recipere (Cic. de orat. I. 39) concedere aliquid emptori, quaedam non debita in mancipio accedere velle (Cic. Top. 26) in mancipio vitia dicere und non dicere, non pronuntiare (Cic. de offic. III, 16), non dicere, statuliberum esse, l. 39 § 4 D. de evict. 21, 2, statuliberum decem dare jussum, qui quindecim dare debeat, l. 69 § 1, 2, 4 D. eod. 21, 2, l. 42 D. de modo agri pronuntiare l. 13 § 14, l. 42 D. de a. e. v. 19, 1, de modo agri mentiri, Paulus R. S. I, 19, 1 II, 17, 4.

Allein diese dicta waren keine Bestandtheile der Nuncupation, sondern fallen in den Bereich der der Mancipation voraufgehenden Beredungen und Verhandlungen. Ihre rechtliche Bedeutung beruht darauf, daß der mancipio dans schon nach Zwölftafelrecht in gewissem Umfange und unter gewissen Voraussetzungen für unrichtige Angaben in Betreff des Mancipationsobjects positiven oder negativen Inhalts, z. B. über Servituten und den Flächeninhalt, ferner nach älterem jus civile bei Grundstücksverkäufen

für das Verschweigen bekannter Mängel haftbar war.[1]) In letzterer Beziehung hat das dictum d. i. die ausdrückliche Ansage des Mangels nur die negative Bedeutung, die Haftung auszuschließen, die Folgen des Verschweigens abzuwenden, und kommt also vorweg nicht zur Begründung einer selbständigen Haftung in Betracht. Aber auch in ersterer Beziehung, d. i. betreffs der zwölftafelrechtlichen Haftung wegen unrichtiger Angaben (lingua nuncupata im Gegensatz zur Reticentia, Cic. de off. III c. 16) entbehren die dicta der obligationserzeugenden Kraft. Denn jene Haftung stellt sich nicht dar als eine contractliche, durch das dictum begründete, nicht als contractmäßiges Einstehen für die Zusage, sondern als gesetzlich fixirte Strafe der doloser oder culposer Weise gemachten falschen Angabe: als Pönalobligation.

Dies beweist zunächst die actio de modo agri, indem sie auf das decipere, mentiri des Verkäufers gestützt wird (Paulus, R. S. II, 17, 4, I, 19, 1) und die Darstellung bei Cicero, de off. III, 16: Nam quum ex XII tabulis satis esset, ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui inficiatus esset, dupli poenam subiret, a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta. Das inficiatus esset bedeutet die fälschliche Ableugnung der Mängel. Der wissentlich falschen muß aber die fahrlässige, leichtfertige Angabe gleichstehen, da sie, wie jene, eine schuldhafte Schädigung des Käufers ist, indem dieser sich dadurch zu einem höheren Preise bestimmen läßt. Der Grund der Haftung ist also die culpa in contrahendo, d. i. das dolose oder culpose Verhalten des Verkäufers bei den der Mancipation vorangehenden Verhandlungen. Da diese noch keine Contractsklage erzeugten, mußte gegenüber der groben Schädigung des Käufers durch gesetzliche Vorschrift nachgeholfen werden. Die Haftung ist eine obligatio quasi ex delicto.

Gleichen Charakters ist auch die actio auctoritatis: Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur, Paul. R. S. II, 17, 3. Die Natur dieser Klage ist freilich sehr bestritten. Zunächst ist die Ansicht, welche diese Klage auf ein in der Mancipation enthaltenes Nexum[2]) zurückführt, unmöglich, da, wie dargethan, die Mancipatio eines solchen nexualen Bestandtheils gar nicht empfänglich war.[3])

Aus gleichem Grunde ist zu verwerfen die Ableitung der Evictionshaftung aus einer ausdrücklichen, etwa in Form der Nuncupatio oder als lex mancipii ausgesprochenen Uebernahme derselben.[4])

---

[1]) Cic. de off. III c. 16.

[2]) Huschke, Nexum S. 37. Müller, Eviktion S. 15.

[3]) Mit anderer Motivirung gegen diese Ansicht auch: Bechmann, Kauf I S. 126 flgd.

[4]) Karlowa, Civilproc. z. Z. der Legisactionen S. 55 flgd. Eck, Verpflichtung des Verkäufers z. Gewährung des Eigenthums S. 3 flgd. Dagegen Bechmann, Kauf I S. 97 und die ebenda S. 98 Anm. 1. citirten Schriftsteller.

Ebensowenig kann aber auch mit Bechmann, Kauf I S. 101 in der stillschweigenden Zustimmung des Verkäufers zu der Eigenthumsbehauptung des Käufers eine stillschweigende Zusage der Auctoritas gefunden werden. Dies würde auf eine Fiktion hinauslaufen. Auch bleibt neben dem absoluten: ajo hanc rem meam esse ex jure Quiritium für den Vorbehalt einer Garantie („Garantieklausel") kein Raum.

Ebendeßhalb läßt sich die Auctoritätsklage auch nicht als ein Naturale der Mancipation auffassen, da, was nicht ausdrücklicher Bestandtheil, auch nicht stillschweigender Bestandtheil des Rechtsgeschäfts sein kann. Unzutreffend ist aber auch der Gesichtspunkt des Quasi-Contracts[1]), da eine Contractsfigur, an welche dieser Quasi-Contract sich anlehnen ließe, sich im 12 Tafelrecht noch nicht darbietet.

Es bleibt hiernach nur noch der Deliktsstandpunkt. Zwar ist die Analogie der Diebstahlsklage (Jhering, Geist I S. 151, II S. 528 Anm. 716, III S. 139) abzuweisen, da die act. auct. auch den gutgläubigen Verkäufer trifft, weßhalb sich auch die Auffassung als actio perfidiae (Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. 14 S. 447) verbietet.

Es verhält sich vielmehr folgendermaßen: Der Käufer ist durch seinen Auctor in Schaden gekommen, indem dieser ihm falsches Eigenthum gegeben hat und Schuld daran ist, daß ihm die Sache entzogen wurde. Der Schaden muß ihm daher ersetzt werden und zwar nach einem dem älteren Recht geläufigen Schätzungsmaßstab mit dem doppelten Betrag des Preises. Der Auctor muß duplione damnum decidere, aus ähnlichem Grunde, wie die unterliegende Partei im Vindikationsproceß wegen falsae vindiciae latae. Das eine Simplum ist Schadensersatz, das andere pönaler Zusatz. Dem wirklichen Rechtsmangel in der Person des Auctors ist als Grund der Haftung desselben das auctoritatem oder judicium defugere gleichgestellt, da er auf alle Fälle das periculum judicii trägt.

Die act. auct. beruht also einzig und allein auf der dolosen oder culposen Schädigung des Käufers, sie ist ihrem Wesen nach Entschädigungspflicht. Die processuale Beistandsleistung, zu welcher sich der Auctor schon im eigenen Interesse verstehen muß, ist nur ein Mittel, unter gegebenen Umständen die Eviction und damit die Ersatzpflicht abzuwenden. Wie künstlich ist die Auffassung, daß die Auctoritas in erster Linie die Pflicht sei, einzustehen für die Wahrheit der „stillschweigenden Affirmation" der Eigenthumsbehauptung des Käufers? Mußte diese Pflicht nicht dahin führen, daß der Auctor dem Käufer auf dessen Verlangen jederzeit und ohne daß bereits irgend welche Evictionsansprüche drohen, den Beweis der Wahrheit jener Affirmation zu erbringen hätte? Ebenso würde der Gesichtspunkt des furtum, der perfidia eine sofortige Strafleistung bedingen, da zur Con-

[1]) Voigt, 12 Taf. II S. 501 flgd. Auf eine quasicontractliche Haftung (condictio sine causa) führt auch die Ansicht von Bekker, Aktionen I 31 flgd. S. dagegen Bechmann I S. 138 flgd.

summation des furtum, der perfidia nicht erst die Eviction abgewartet werden braucht.[1])

Die Auctoritätshaftung hat endlich keineswegs ihren Rechtsgrund in der Mancipation, vielmehr ist letztere nur eine ihrer Voraussetzungen.

Nach Art der act. auctor. muß auch eine Klage wegen erstrittener oder abgestrittener Servituten bei einem als servitutfrei oder servitutberechtigt verkauften Grundstück bestanden haben, die ebenso wie die actio auct. und de modo agri sich auf dolose oder culpose Schädigung des Käufers gründete, und ist Nichts irriger als mit Voigt (12 Taf. II S. 468 flgd.) hier von einer actio ex lege mancipii, also einer Contractsklage oder mit Bechmann (I S. 302) davon zu reden, daß die mancipatio und zunächst die (nach S. 300 unmittelbar auf dem Mancipationsformular beruhende) actio auctoritatis „ihre Anziehungskraft ausnahmsweise auf gewisse formlose dicta des Verkäufers, d. h. constatirende Angaben in Beziehung auf rechtliche Eigenschaften und rechtliche Mängel erstreckt" hätte, indem diese Zusagen „an der Kraft der Nuncupation Theil nahmen" (S. 260, 273). Ebenso hinfällig aber ist auch die in voller Allgemeinheit aufgestellte Behauptung: „daß sehr viele nähere Bestimmungen über persönliche Verpflichtungen des einen oder andern Contrahenten oder über dingliche Verhältnisse dem Mancipationsakt vorangeschickt oder auch angehängt zu werden pflegten und dann an der Kraft und Wirkung der Mancipation Theil nahmen und dies wohl eigentlich der Zwölftafelsatz verordnet habe" (Keller, Institutionen (§ 37). Wenn das ältere Civilrecht die Haftung des Auctors auf dicta bezüglich rechtlicher Eigenschaften und Mängel (Servituten, modus agri) beschränkte, so ist mit der Bemerkung, daß factischen Eigenschaften und Mängeln gegenüber die Mancipation sich unempfindlich verhalten habe, (Bechmann I S. 301), Nichts erklärt, vielmehr liegt die Erklärung darin, daß das ältere Civilrecht Mängel dieser Art (z. B. die proscriptio: villam bonam beneque aedificatam, Cic. de offic III, 13) nicht für erheblich erachtete, um deßhalb Ersatz und Strafe eintreten zu lassen („dictum non omne praestandum est"), und würde, falls das ältere Civilrecht eine erweiterte Haftung zugelassen hätte, auch die Mancipation dafür sehr empfänglich geworden sein, wenn sie nur überhaupt für obligationsbegründende dicta Empfindungsvermögen gehabt und dieses nicht ausschließlich der dinglichen Wirkung gegolten hätte. Für die Aufnahme von leges in das Formular (z. B. Deduction von Servituten, Accessionen) war nicht das Wesen der Mancipation „als Baarkauf" (Bechmann I S. 301), sondern ihre Natur als Realgeschäft — als streng auf Eigenthums- oder sonstigen dinglichen Rechtsübergang gerichtetes solennes Rechtsgeschäft bestimmend.

Die Entwickelung der Mancipation hat somit den dinglichen

---

[1]) So begründet in der That im späteren Recht der dolus für sich allein die Pflicht zur Interesseleistung, wenn der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat l. 30 § 1 D. de act. e. v. 19, 1. quia dolum malum abesse praestare debeat. Diese Wirkung des dolus kannte das ältere Recht nicht.

Charakter des Realgeschäfts streng festgehalten und selbst gegenüber den qualitativen und quantitativen Incongruenzen zwischen Leistung und Gegenleistung gewahrt, indem die dieserhalb eintretende Entschädigungspflicht nicht als eine contractliche oder quasicontractliche, sondern als Quasidelictsobligation aufgefaßt wurde. Diese Erscheinung stimmt vollkommen zu der Gestalt des älteren Privatrechts überhaupt. In diesem überwiegt das dingliche Moment, wodurch die Entwickelung des Obligationenrechts merklich beeinflußt wird. Während die Contractsobligation auf ein enges Gebiet beschränkt und auf diesem das Nexum beinahe der einzige beglaubigte Repräsentant ist, weist die Delictsobligation eine reiche Entwickelung auf, und zwar sind es außer den Verletzungen der Person die Verletzungen des Eigenthums und Vermögens, welche in den mannigfachsten Beziehungen zu delictischen und quasidelictischen Thatbeständen gemacht sind, z. B. furtum manifestum, nec manifestum, conceptum, oblatum, prohibitum, actio de arboribus succisis, de pastu pecoris, de aedibus incensis, de servo quadrupedeve pecude occelso, de rupitiis, noxiae nocitae wegen furtum manifestum des impubes und furtim noctu pavisse et secuisse). Das Vorwiegen des Delictsstandpunkts zeigt sich ferner bei der Geltendmachung der nachbarrechtlichen Eigenthumsbeschränkungen, die nicht quasicontractlich durch Erzwingung der Innehaltung dieser Beschränkungen, sondern quasidelictisch durch Ahndung der Uebertretung geschah (z. B. actio aquae pluviae arcendae, sartorum tectorum tuendorum, de arboribus sublucandis). Quasidelictisch gestaltete sich endlich auch das Proceßunrecht: Nicht-Zahlung der Damnations- oder Judicationssumme (actio damnati und judicati), Nicht- oder nicht gehörige Prästation der Vindicien (arbitrium liti aestimandae), unmotivirte Anfechtung des richterlichen Urtheils (revocatio in duplum), Erschwerung der Rechtsverfolgung durch dedicatio rei controversiosae in sacrum.

Die quasidelictische Behandlung der culpa bei Eingehung des Realgeschäfts lag daher sehr nahe.

Der Mancipation als der civilen Form des zweiseitigen Realgeschäfts stand bereits im älteren R. die Tradition als naturale Form des Realgeschäfts gegenüber. Die 12 Tafeln setzen bei der Usucapion entschieden die Tradition als Erwerbsmodus des Eigenthums bei res nec mancipi, und des in bonis habere bei res mancipi voraus[1]), da, worüber nach der Darstellung von Gajus II §§ 40—44 kaum ein Zweifel sein kann, die Einführung der Usu-

[1]) Die Behauptung von Voigt, (Jus nat. Beil. XXI § 18 A) u. 12 Taf. II. S. 142 A. 26 daß „die 12 Taf. die Tradition als Erwerbsmodus des bonitarischen, bei res nec mancipi des quiritarischen Eigenthums nicht kennen, erscheint unbegründet. Daß bei der Tradition nicht der Usufruct vorbehalten werden kann (fr. Vat. § 47), beweist ganz und gar nichts für jene Behauptung. Das fernere Argument: daß die 12 Taf. noch kein jus gentium kennen, ist nicht durchschlagend, da dieser Satz gerade für den dinglichen Erwerb der Einschränkung bedarf, und jedenfalls in den 12 Taf. bereits der Gegensatz zwischen possessio und dominium ex jure Quirit. ausgeprägt ist.

capion gerade die Ergänzung des unvollkommenen Traditionserwerbs bei res mancipi bezweckte.[1]) Gajus stellt diesen Anwendungsfall der Usucapion als den ursprünglichen voran (et ita lege XII tab. cautum est) und erwähnt demnächst die Ausdehnung der Usucapion auf den gutgläubigen Besitz der von einem Nichteigenthümer tradirten Sache als ein jus receptum, d. h. einen gewohnheitsrechtlichen Satz, dessen ratio völlig verschieden von der jenem ursprünglichen Anwendungsfall zu Grunde liegenden ist: quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est. Für den Eigenthümer, der seine res mancipi tradirt hatte, bedurfte es keiner Nachforschung über den Verbleib derselben, da er diesen ohnehin kannte. Hierzu kommt, daß die Berücksichtigung des subjectiven Moments der bona fides dem älteren Recht fremd ist, da dieses nur die objective Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit gelten ließ, und also durch bona fides nicht Recht werden konnte, was ohne solche kein Recht war und nicht aufhörte, Unrecht und vertretbar bezw. strafbar zu sein, was objectiv Unrecht war.[2])

Der formlose Realkauf blieb streng auf seine dingliche Wirkung: bonitarisches Eigenthum bei res mancipi, quiritarisches Eigenthum bei res nec mancipi beschränkt, so daß nicht einmal Haftung wegen Eviction oder Mängel hinzutrat.[3]) Fällt nun letztere hier ganz weg und ist sie bei der Mancipation nicht eine contractliche, sondern quasidelictische, so ergiebt sich, daß innerhalb des Realgeschäfts, sowohl des formlosen als des solennen, das Contractsmoment nicht zum selbständigen Ausdruck gekommen ist. Dies geschieht erst im Creditgeschäft.

---

[1]) Ebenso bezweckte der Erwerb der manus durch usus die Ergänzung des unvollkommenen Eintritts in die Hausgewalt des Mannes, wobei jedoch die 12 Tafeln die Abwendung dieser Wirkung durch Unterbrechung des Usus zuließen Gaj. I § 111.

[2]) Der Zwölftafelsatz Betreffs der Usucapio lautete höchstwahrscheinlich: usus auctoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus esto (nicht: annuus usus esto) und bedeutet: gegen Besitz dauert die rechtliche Gewähr (juris auctoritas) bei Grundstücken 2 Jahr, bei anderen Sachen 1 Jahr, d. i. das Recht gewährleistet nur auf solange das Eigenthum gegenüber dem Besitz. Dementsprechend: adversus hostem aeterna auctoritas esto (Cic. de offic. I, 12), quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto (Gell. N. A. 17, 7), d. h. auf immer bleibt das Eigenthum dem Eigenthümer gewährleistet dem Fremden gegenüber, so daß dieser Nichts von einem Römer usucapiren kann und umgekehrt; ebenso bei res furtivae. Ueber andere Ansichten s. Puchta, Inst. II § 239 Note b); Voigt 12 Taf. II § 88, Bechmann, Kauf I S. 110, 119. Verfehlt ist es, auctoritas von der Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu verstehen, was schon durch die ursprüngliche Beziehung der Usucapion auf Tradition von res mancipi ausgeschlossen ist, da bei bloßer Tradition keine Gewährspflicht Platz griff. Auctoritas ist die objectiv-rechtliche Gewährleistung des Eigenthums. So erkärt sich auch Cic. p. Caec. 19: Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium, d. i. der Besitz einerseits und die rechtliche Gewähr andererseits — also die auctoritas gegenüber dem Besitz, soll 2 Jahre dauern.

[3]) S. hierüber Bechmann, Kauf I. S. 318 flgd.

§ 58. **Der Creditkauf**

hat bereits — ein Zeichen des starken Creditbedürfnisses der frühesten Zeiten — die antike Gesetzgebung sehr beschäftigt und in ihr eine verschiedenartige, im Allgemeinen nicht günstige Behandlung erfahren. Eine völlige Verkennung des erweiterten Verkehrsbedürfnisses war es, wenn einige alte Gesetzgeber[1]), indem sie dem creditirenden Verkäufer jede Klage versagten[2]), den Creditkauf gänzlich unterdrücken und die Verkehrsentwickelung in den Schranken des zweiseitigen Realgeschäfts zurückhalten wollten. Die Gefahr des Verkäufers beim Creditgeben an einen insolventen und unzuverlässigen Käufer ist keine größere als bei jedem anderen Creditgeschäft, insbesondere dem Darlehen und beweist Nichts für eine besondere wirthschaftliche Schädlichkeit und die Verwerflichkeit des Creditkaufs. Den richtigen Weg schlugen andere Gesetzgeber ein, indem sie den Verkäufer zu sichern suchten durch die Vorschrift: daß ihm das Eigenthum der verkauften und dem Käufer übergebenen Sache bis zur Bezahlung des Kaufgeldes vorbehalten bleiben sollte. Eine gleiche Vorschrift enthielten die 12 Tafeln nach § 41 J. de div. rer. 2, 1: Venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato . quod quamquam cavetur ex lege XII tab., tamen recte dicitur, et jure gentium, id est jure naturali, id effici . sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.

Inwieweit dieser Bericht trotz seiner unbestreitbaren Zuverlässigkeit im Allgemeinen auch für den näheren Inhalt des Zwölftafelsatzes maßgebend ist, hängt vorzugsweise von inneren Gründen ab und fragt sich zunächst, ob der Satz, wie berichtet, sich gerade auf res venditae et traditae, also den formlosen Naturalkauf oder gar ausschließlich auf die Mancipation, res venditae et mancipatae bezog?

Für die Entscheidung im letzteren Sinne wird geltend gemacht (Voigt, 12 Taf. II S. 142, A. 26) einerseits, daß die Tradition den 12 Taf. noch unbekannt gewesen, andererseits, daß der Satz „sogar in der ausgehenden Republik" noch nicht auf die Tradition angewendet worden sei. Beide Gründe sind hinfällig, der erstere, weil die 12 Taf. bei der Usucapion die Tradition von res mancipi voraussetzen, der letztere, weil der Umstand, daß in Justinian's Pandekten der Satz „bei Pomponius 31 ad Qu. Muc. l. 19 D, 18, 1 erwähnt und kein älterer Jurist bezüglich seiner genannt ist", eine

---

[1]) Z. B. Charondas, legislator Catanensium et aliorum Siculorum.

[2]) So nach dem Fragment des Theophrastus bei Joannes Stobäus (Eclogae physicae et ethicae) Tit. 44 (*περὶ νόμων καὶ ἐθῶν*): *πότερον δὲ ἕως ἂν κομίσηται κύριον εἶναι τοῦ κτήματος· οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν· ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων. οὗτοι γὰρ παραχρῆμα κελεύουσι διδόναι καὶ λαμβάνειν. ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ, μὴ εἶναι δίκην, αὐτὸν γὰρ αἴτιον εἶναι τῆς ἀδικίας.* Plato, de legib. VIII. Dazu: Hofmann, Beiträge zur Kenntniß des griechischen Rechts und Perikulum S. 183.

reine Zufälligkeit sein kann und an und für sich gar Nichts beweist. Die Beziehung des Satzes auf die Mancipation ist nach der juristischen Natur derselben geradezu ausgeschlossen, da sie nicht Creditkauf, sondern Baarkauf ist und dieses auch in ihrer Anwendung als venditio nummo uno bleibt. Die mancipatio hat als solche, mag das in Wahrheit zu Grunde liegende Geschäft Kauf sein oder nicht, und folgeweise, mag der in Wahrheit verabredete Kaufpreis sich mit dem bei der Mancipationshandlung angesagten und gegebenen decken oder nicht, schlechterdings den Veräußerungseffekt. Es fehlt an allem und jedem Anhalt dafür, daß ihre Gültigkeit noch von anderen als den durch ihre Natur als aes et libra-Geschäft gegebenen Voraussetzungen abhängig gewesen sei, vielmehr mußte in Gemäßheit des Zwölftafelsatzes: Cum nexum faciet mancipiumque für den Rechtsübergang lediglich die Nuncupation (uti lingua nuncupassit) maßgebend sein (ita jus esto). Ihr Werth als solenne Form der Rechtsübertragung würde illusorisch geworden und sie selbst zu einem gewöhnlichen Veräußerungsgeschäft herabgesunken sein, wenn die Geltung des in ihrem Vollzuge sich manifestirenden subjectiven Rechtswillens noch an Momente geknüpft worden wäre, die, wie die volle Begleichung des vorverabredeten Kaufpreises, lediglich der zu Grunde liegenden materiellen Geschäftscausa entstammen. Der Werth solenner Geschäftsformen besteht darin, den erklärten Willen zur absoluten Geltung zu bringen. Es ist daher nicht anzunehmen, daß, nachdem die Decemvirn in der Mancipation eine solenne Form der Rechtsübertragung sanctionirt, sie eben diese Form durch Einfügung des relativen Moments der Berichtigung des vorverabredeten Kaufpreises sofort wieder zerstört hätten! Richtig tritt zwar Voigt (Jus nat. III, 31 f. 12 Taf. II S. 143) dafür ein, daß sich der Rechtsübergang bei der Mancipation unabhängig davon vollzogen habe, ob die Parteien „unter sich einen höheren Preis vereinbart hatten, als in der Mancipationsformel angegeben". Allein unrichtig ist es, wenn er dennoch die Beziehung des fraglichen 12 Tafelsatzes auf die Mancipation nicht fallen lassen und in den traditae res der Institutionenstelle lediglich eine Interpolation Tribonian's von mancipatae res finden und den 12 Tafelsatz auf den Fall bezogen wissen will, „daß mit der von den Contrahenten verlautbarten Gewichtsangabe das Gewicht des dem libripens zum Abwägen übermittelten Erzes nicht übereinstimmte, vielmehr hierbei sich ein Minus ergab", so daß wegen dieses Manco die Mancipatio nichtig gewesen sei (12 Taf. II S. 143, 144). Diesen Nichtigkeitsfall zugegeben, so würde der 12 Tafelsatz, wenn er sich auf nichts anderes bezog, völlig überflüssig gewesen sein, da sich jene vermeintliche Nichtigkeit als wesentlicher Mangel des Geschäfts von selbst verstanden hätte und steht ferner jener Auffassung entgegen, daß der referirte Inhalt des 12 Tafelsatzes nicht auf eine Nichtigkeit der Veräußerung, sondern eine conditio juris geht

Hiernach erscheint die Annahme unabweislich, daß der 12 Tafelsatz sich ausschließlich auf den formlosen Creditkauf, also den Traditionserwerb (per traditionem accipere) von res mancipi und

nec mancipi bezog. Unter dieser Annahme fällt in's Gewicht, daß in den speciellen Anwendungen des Satzes in den Quellen entweder res nec mancipi[1]) oder tradirte res mancipi in Frage stehen, und zwar letztere theils in der Weise, daß die Möglichkeit einer Interpolation von mancipatio in traditio schlechterdings ausgeschlossen ist[2]), theils so, daß eine Interpolation zwar möglich und sogar wahrscheinlich, zugleich aber das mancipatum esse durch ein traditum esse pretio soluto ersetzt ist[3]) — zum sichern Zeichen, daß die Mancipatio sofort und ohne Zahlung denselben Effekt hatte, wie bei res nec mancipi die Tradition nach Bezahlung des Kaufpreises!

Es fragt sich nun weiter, ob die Gleichstellung der Satisfactio mit der Zahlung schon dem 12 Tafelrecht angehört oder erst durch die Interpretatio vorgenommen worden ist. Für letztere Annahme spricht, daß die in dem Institutionenbericht angeführten Cautionsmittel: expromissio, pignus überhaupt erst in der späteren Zeit sich entwickelt oder doch den Charakter wirklicher Satisfactionsleistung angenommen haben, andererseits es aber in Ermangelung anderweiter Anhaltspunkte bedenklich ist, als vermeintlich älteres Satisfactionsmittel die Sponsionsbürgschaft zu substituiren.

Hiernach muß angenommen werden, daß die 12 Tafeln wie die meisten griechischen Rechte den Eigenthumsübergang schlechthin von der Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht haben und die Gleichstellung der Sicherstellung mit der Zahlung erst ein Werk der Interpretatio ist. Die Traditio wurde durch die Suspendirung des Eigenthums-

---

[1]) So bei Varro, R. R. II, 5 emptio ovium: grex dominum non mutavit, nisi aes sit adnumeratum l. 5 § 18 D. trib. act. 14, 4: merx vendita.

[2]) So in l. 38 § 2 D. de liberal. c. 40, 12, wo der verkaufte Sklav in bonis emptoris esse coepit, weil pro pretio satisfactum est. Ferner l. 12 § 5 D. de usufr. 7, 1: quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto, l 25 § 1 eod.: utputa si fructuarius servus servum emit et per traditionem accepit necdum pretium numeravit, sed tantummodo pro eo satis fecit, interim cujus sit, quaeritur? cf. l. 43 § 10 D. de aed. ed. 21, 1. l. 43 § 2 D. de acq. rer. dom. 41, 1. Bei der Mancipation hätte von einer Ungewißheit, ob die vom fructuarius servus gekaufte Sache dem Herrn oder dem Nießbraucher erworben sei, gar nicht die Rede sein können, da der Erwerb schon durch die Hingabe des Mancipationspretiums zu Gunsten des Einen oder des Anderen entschieden war, jenachdem jenes aus seinem Vermögen herrührte. cfr. Gaj. 3, 166 sq. Indifferent: l. 19, l. 53 D. de contr. empt. 18, 1. l. 11 § 2 D. de act. e. v. 19, 1, l. 14 § 1 D. de furt. 47, 2. l. 5 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

[3]) l. 72 D. de R. V. 6, 1: Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Der Fall complicirt sich, insofern die zweite Uebergabe voraussetzt, daß der Verkäufer nach der Uebergabe an den ersten Käufer den Besitz wiedererlangt hat. Diese Complication fällt weg, wenn man eine Interpolation annimmt, wenigstens bei dem alii tradiderit, da für die mehrmalige Mancipation die Besitzfrage keine Schwierigkeit bietet.

übergangs bis zur Zahlung bezw. Sicherstellung zunächst zu einer bloßen Vorbereitungshandlung und erlangte den Charakter einer eigentlichen res erst mit dem Erfolgen bezw. Sicherstellung der Gegenleistung.

§ 59. Der Consensualcontract.

Die Entwickelung der einzelnen Geschäftsarten ist eine ganz selbständige. Sie beginnt mit dem Hervortreten des practischen Bedürfnisses, dem jede zu dienen bezweckt. Innerhalb einer jeden wird die Entwickelung durch die Verschiedenartigkeit der Mittel und Formen bestimmt, durch welche man den Verkehrszweck zu erreichen sucht. Auf die primitiven, beschränkten Mittel folgen umfassendere, vollkommenere. Auf dem synallagmatischen Gebiet ist die ursprüngliche Form die Realform, die spätere die Consensualform.

Dem Consensualkauf ging der Real- und Creditkauf voran, wie beim Pfandrecht die Realform: fiducia und pignus der Consensualform: hypotheca. Die Stelle bei Varro, de re rust. II, 2. (oben S. 274) erhält ihre rechte Bedeutung, wenn man sie auf den Gegensatz zwischen Real- und Consensualkauf bezieht, so daß sie folgenden Sinn hat: obwohl die Kaufsache erst mit der Bezahlung des Preises in das Eigenthum des Käufers übergeht, ist doch die Klage des Käufers ebensowenig wie die des Verkäufers durch vorgängige Gegenleistung bedingt.

Bei der Miethe mag ursprünglich nur die Klage des Vermiethers gegen den Miether auf Zahlung des Miethszinses, nicht aber umgekehrt die Klage des Miethers gegen den Vermiether auf Hergabe der Miethssache practisch gewesen sein, weil Fälle, wo der Vermiether die Uebergabe der Miethssache verweigert hätte, gar nicht vorkamen, und wird sich erst in der weiteren Entwickelung des Miethswesens die Nothwendigkeit einer Klage auch gegen den Vermiether herausgestellt haben. Ebenso lag für altrömische Verhältnisse bei der loc. operis oder conductio operarum schwerlich ein Bedürfniß vor zu einer Klage gegen den Werkmeister auf Herstellung des Werks oder gegen den Arbeiter auf Ausrichtung der Arbeit.[1])

Sehr deutlich läßt sich noch bei der Societas die Urform von den Späterbildungen unterscheiden. Die Urform war zweifellos die soc. omnium bonorum[2]), die auf der Eingehung einer communio beruhte und auf dieser dinglichen Grundlage gegenseitige Rechte und Pflichten erzeugte. Das Wahrzeichen ihres Realcharakters ist der stillschweigende Uebergang der Vermögensstücke der einzelnen Consorten in die Gemeinschaft kraft gewohnheitsrechtlicher Satzung (transitus legalis). Das Verhältniß, dessen Alterthümlichkeit[3])

---

[1]) Das moderne Recht stellt noch bei Verträgen über Handlungen den Rücktritt frei, mit Vorbehalt der Schadloshandlung, z. B. § 408, flgd. I 5 A. L. R.

[2]) A. M. Pernice, Labeo I S. 444, 445.

[3]) vgl. hierüber Voigt, 12 Taf. II S. 112 Note 18, Val. Max. IV, 4,8. Varro, R. R. III, 16, 2. Gell. I, 9, 12.

mehrfach hervorgehoben wird, verlor bereits im späteren Recht seine urwüchsige Bedeutung und wurde geschäftsmäßig normirt.[1]) Dem modernen Verkehrsleben ist es völlig entfremdet und mit Recht von den neueren Gesetzgebungen[2]) fallen gelassen.

Als Sekundärform der Societas hat die Erwerbsgesellschaft zu gelten. Sie erzeugte zunächst wohl nur Ansprüche auf Theilung des Gewinnes und Auskehrung des für die Gemeinschaft gemachten Erwerbes, also im Wesentlichen auf Restitution.[3]) Die Ausdehnung der Klage auf Leistung der übernommenen Beiträge und Prästation von culpa ist wohl erst späteren Ursprungs. Aehnlich gestaltete sich die Entwickelung des Mandats. Die ursprünglichen Ansprüche daraus gingen auf Verabfolgung der durch die Ausführung des Geschäfts für den Mandanten gemachten Erwerbungen und Rückerstattung des zur Ausführung des Geschäfts dem Mandatar Gegebenen. Erst die spätere Rechtsanschauung statuirte einen Anspruch auf Ausführung des Geschäfts gegen Letzteren und machte ihn haftbar auch für die culpose Nicht-Ausführung.[4])

Ebenso zeigt sich der alte Standpunkt noch bei der actio tutelae und der stipulatio rem pupilli salvam fore, indem danach ein non gestum die Haftung des Vormunds und seiner Bürgen nicht begründete, vielmehr eine solche weitere Haftung nur auf einem Umwege: durch obrigkeitlichen Zwang zum gerere und mittelst actio utilis herbeigeführt wurde.[5])

Der Uebergang von der Realform zur Consensualform geschah nun in folgender Weise:

Die Realform hatte sich im Verkehrsleben festgestellt und damit von selbst rechtliche Anerkennung gefunden. Sie brachte jedoch das obligatorische Grundelement des Synallagma nur nach einer Seite hin zum Ausdruck: nämlich in dem Anspruch auf die Gegenleistung nach voraufgegangener Leistung, res. Dies beruht aber lediglich darauf, daß auf einer gewissen Entwickelungsstufe des Verkehrs neben der Zug- um Zugleistung nur diese Form des Synallagma thatsächlich in Uebung war und dem practischen Bedürfniß genügte. Es handelt sich also lediglich um eine bestimmte, in einer gewissen Periode practisch gewordene Erscheinungsform des Synallagma. Keineswegs aber lag dabei die Auffassung zu Grunde, daß die vorgängige res ein nothwendiges Erforderniß, ein „perficirendes Moment" des Anspruchs auf die Gegenleistung sei, vielmehr war man noch gar nicht dazu gekommen, die Frage aufzuwerfen, ob die Entstehung von Ansprüchen und Gegenansprüchen auch ohne vorgängige res möglich. Diese Frage tauchte erst mit der entsprechenden Erweiterung des Verkehrsbedürfnisses

---

[1]) cfr. l. 27 l. 52 § 18 l. 73 D. pro soc. 17, 2.

[2]) z. B. Preuß. Landr. I 17 §§ 176—178, Suarez, Schlußvorträge in Kamptz Jahrb. 41 S. 57. S. dagegen Sächs. bürgerl. G. B. §§ 1389—1390.

[3]) vgl. Bechmann I S. 488 flgd.

[4]) l. 5 § 1 l. 8 § 4, 10 l. 22 § 11 l. 27 § 2 D. mand. 17, 1. l. 5. l. 11 C. eod. 4, 35.

[5]) l. 4 § 3 D. rem pup. 46, 6.

auf. Hierbei fand man nun, daß die res als solche gar nicht im Stande ist, den Anspruch auf die Gegenleistung zu begründen, dieser vielmehr bei Kauf und Miethe darauf beruht, daß für die Leistung die Gegenleistung zugesagt war. Die äußerste Consequenz der res als solcher war ein Anspruch auf Rückerstattung des Gegebenen bei Ausbleiben der Gegenleistung: eine condictio ob causam non secutam. Daß dies römische Grundauffassung war, lehrt die Geschichte des Innominatcontracts, aus welchem erst nach Erstarkung des synallagmatischen Princips und mit sichtlicher Anlehnung an dasselbe ein klagbarer Anspruch auf die Gegenleistung hervorging. Die lex dationis als solche hat selbständige constitutive Bedeutung nur, soweit sie den Effect der datio näher bestimmt[1]), so daß z. B. der Geber schon auf Grund der gemachten Vorbehalte zur Rücknahme des Gegebenen befugt ist. Wenn andererseits das synallagmatische Princip auf dem Gebiete des nudus consensus: d. i. die gegenseitige Zusage einer Leistung für oder gegen eine andere Leistung nicht in voller Allgemeinheit, sondern nur bei einer beschränkten Zahl von Contracten rechtliche Anerkennung gefunden hatte, so war doch eben bei den zu dieser Zahl gehörigen Contracten der Grund des gegenseitigen Anspruchs nichts Anderes, als der auf Leistung und Gegenleistung gerichtete Consens. Hieraus folgt, daß auch bei der Realform dieser Contracte der Anspruch des Gebers auf die Gegenleistung und seine Klagbarkeit nur in dem synallagmatischen Consens seinen Grund haben konnte, und daß der Umstand, daß dieser Consens an eine res anknüpfte, sich für die rechtliche Begründung des Anspruchs als ein äußerliches, zufälliges, unwesentliches Moment herausstellen mußte, als das Verkehrsbedürfniß die Abstandnahme von der res und Entstehung gegenseitiger Ansprüche auch ohne solche forderte. Die Zulässigkeit der Consensualform mußte sich demnach einfach durch Entwickelung und Ableitung aus dem bereits in der Realform zur Anerkennung gelangten und festgestellten Prinzip ergeben. Die Realform trug somit den Keim der Entwickelung zur Consensualform in sich. Freilich würde dieser Keim abgetödtet werden, wenn man in der res ein „perficirendes", die rechtliche Anerkennung und Klagbarkeit bedingendes Moment und nicht bloß *eine auf dem beschränkten Geschäftsbedürfniß einer ehemaligen Verkehrsperiode beruhende*,

---

[1]) Richtig in dieser Beziehung *Bechmann* I. S. 278 flgd. 325 flgd.

Unhaltbar ist es jedoch, wenn Derselbe den Gegensatz in der Structur der Innominat- und Consensualcontracte darauf zurückführt, daß beim Kauf die Eigenthümlichkeit „daß beide Leistungen sich von Rechtswegen gegenseitig bedingen", auf dem *objectiven* Charakter der Gegenleistung beruhe, weil sie in Geld bestehe, diesem aber die Eigenschaft als Tauschmittel immanent sei, wogegen bei den Innominatcontracten „die Leistung den Charakter der *subjectiven* Voraussetzung der Gegenleistung annehme", nicht *gegen* ein Aequivalent erfolge, wie beim Kauf, sondern „ursprünglich nur in der subjectiven Erwartung eines solchen, später um eines solchen willen" (I S. 341—342). Die Waare hat ebenfalls die objective Befähigung, Austauschmittel zu sein und ist nicht erfindlich, warum beim Innominatcontract z. B. Tausch die Leistung nicht ebenfalls *gegen* ein Aequivalent soll erfolgen können.

historisch-zufällige Erscheinungsform des Synallagma erblicken wollte.[1])

Für diesen Entwickelungsgang lassen sich trotz der Dürftigkeit des zu Gebote stehenden Quellenmaterials nicht unerhebliche Anhaltspunkte beibringen.

Zunächst kommt in Betracht der Rechtszustand, wie man ihn zur Zeit der 12 Tafeln voraussetzen muß, wenn man den Satz, welcher den Eigenthumserwerb des Käufers von der Bezahlung des Kaufpreises abhängig macht, richtigerweise, wie oben dargelegt, auf den Traditionalkauf zu beziehen hat. Denn danach muß schon zu jener Zeit der formlose Creditkauf ein alltägliches Rechtsgeschäft gewesen und als schweres Uebel im Verkehr empfunden worden sein. Es ist schon vorweg nicht anzunehmen, daß der Verkäufer sein Eigenthum sollte aus der Hand gegeben haben, wie dies die Folge der Tradition vor dem Zwölftafelgesetz war, ohne daß ihm ein klagbarer Anspruch auf den Kaufpreis zugestanden hätte. Wenn ferner die 12 Tafeln den Creditkauf keineswegs als nichtig behandeln, vielmehr gerade die Sicherung des Verkäufers bezwecken und die Entrichtung des Kaufpreises als solutio bezeichnet wird, so liegt darin eo ipso eine rechtliche Anerkennung der Kaufpreisforderung und wird auch die schon damalige Klagbarkeit derselben nicht in Zweifel zu ziehen sein. Hiezu kommt, daß es Fälle giebt, wo durch den bloßen Vorbehalt des Eigenthums dem Verkäufer wenig gedient war. So, wenn die dem Käufer einstweilen zum Gebrauch überlieferte Sache mit oder ohne Verschulden desselben deteriorirt oder gar untergegangen war. Schlechterdings mußte hier dem Verkäufer ein Ersatzanspruch bezw. auch trotz casuellen Untergangs ein Anspruch auf den Kaufpreis gegeben worden sein. Es ist nicht abzusehen, welches Hinderniß hier entgegen gestanden haben sollte, da doch die 12 Tafeln anderweit Klagen in großer Zahl zugelassen und den Proceß geregelt hatten.

Zu der hiermit aus inneren Gründen postulirten Klagbarkeit der Kaufpreisforderung nach 12-Tafelrecht stimmt nun bestens, daß nach Gajus IV § 28 die 12 Tafeln wegen des Kaufpreises einer hostia sowie wegen Miethsgeldes für jumenta, das in dapem bestimmt bezw. feierlich angelobt war, sogar die pignoris capio gaben. Wenn also die Ansprüche des Verkäufers

---

[1]) Hierin liegt der Gegensatz zwischen meiner Auffassung und der von Pernice, Labeo I S. 456 flgd.

Daß, wie Pernice ebenda S. 414, 415 glaubt, Ulpian in l. 7 § 5 D. de pactis 2, 14: Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptionem sogar die Exceptionswirkung des pactum auf res zurückführen wollte, kann ich nicht finden, da die Worte ex parte rei locum habebit pactum nicht mit Pernice zu übersetzen sind: „Teilweise habe auch das Pactum die sonst allein oder vorzugsweise der körperlichen Uebergabe der Sache zukommende Wirkung", sondern einfach besagen: Das Pactum kommt dem reus zu Gute, weil es eine Exception auf seiner Seite (ex parte rei) begründet, und den Gegensatz zu den im Vorgehenden erwähnten pacta ex continenti adjecta bilden, quae ex parte actoris insunt.

und Vermiethers in diesen Fällen einen potenzirten Klagenschutz erhalten hatten, warum soll man nicht mit voller Sicherheit für andere Fälle den gewöhnlichen Klagenschutz unterstellen dürfen? Der sacrale Charakter jener beiden Fälle sowie der Umstand, daß im ersteren Fall durch die intentionsmäßige Verwendung der Kaufsache: zum Opfer! das Eigenthum des Verkäufers unterging, erklärt nur den exceptionellen Schutz, schließt aber keineswegs, wie Bechmann, Kauf I S 346 glaubt, die „allgemeinere Verwerthung" dieser Fälle, insbesondere die Benutzung zu einem Rückschluß auf die Klagbarkeit der Ansprüche auf den Kauf- und Miethspreis überhaupt aus. Sollte es nicht vielmehr das Zeichen eines verfehlten Ausgangspunktes sein, wenn Bechmann meint, daß „mit der Notiz des Gajus Nichts anzufangen sei" oder „Gajus offenbar von diesen Dingen selbst keine rechte Anschauung mehr gehabt[1]) habe", (a. a. O. I S. 346, 504)?

Daß das 12-Tafelrecht es an der energischen Wahrung sehr wichtiger Verkehrsinteressen habe fehlen lassen, ist schon ohnehin wenig glaublich.[2]) Ist nun schon für die 12-Tafelzeit von der Klagbarkeit der Kaufpreisforderung bei vorangegangener Tradition auszugehen, so war durch den mehrerwähnten Satz die weitere Entwickelung von selbst eingeleitet. Der Tradition war durch die Hinausschiebung des Uebertragungseffectes der Charakter einer wirklichen res genommen; sie erhielt die Bedeutung einer vorläufigen, in Erwartung der Zahlung vorgenommenen Vollzugshandlung, welche die Vindikation der Sache nicht ausschloß, wenn der Käufer die festgesetzten Zahlungsfristen nicht innehielt oder überhaupt die Zahlung verweigerte, da seine exceptio rei venditae et traditae durch die replica doli des Verkäufers elidirt wurde.[3]) Mit der Verlegung des definitiven Leistungseffectes in die Zukunft und auf denselben Zeitpunkt mit der Gegenleistung reducirte sich der wesentliche Inhalt der emtio venditio auf einen auf künftigen Austausch von Sache und Preis gerichteten Consens. Die einstweilige Ueberlassung der Sache bildete nur ein Nebengeschäft neben dem Kauf, zu dem Zwecke, dem Gebrauchs- und Nutzungsbedürfniß des Käufers einstweilen abzuhelfen, einem Bedürfniß, welchem sonst Commodat, Precarium oder Miethe dienen.[4])

Die Consequenz des 12-Tafelsatzes führte also zu einer Umbildung der Realform des Kaufs in die Consensualform. Dieser Umbildungsproceß hat denn auch alsbald nach den 12 Tafeln begonnen und kann, wenn man einen gewissen Aufschwung des Handelsverkehrs hinzunimmt, sehr wohl in einem halben Jahrhundert abgeschlossen gewesen sein. Die

---

[1]) Sehr klar legt Voigt, 12 Taf. I S. 503 Note 9, 10 die einschlägigen Verhältnisse dar.

[2]) Ein Beispiel, wo unpünktliche Vertragserfüllung sogar mit Capitalstrafe bedroht war, liefert die bei Cic. de inv. II c. 31 erwähnte lex der Lacedämonier.

[3]) vgl. hierüber Exner, Tradition S. 358.

[4]) cfr. l. 20 D. de prec. 43, 26, l. 16 D. de peric. 18, 6, l. 20 § 2, l. 21, l. 22 pr. D. loc. 19, 2.

Klagbarkeit der Consensualcontracte ist daher mit annähernder Sicherheit in die zweite Hälfte des 4ten Jahrhunderts der Stadt zu setzen.[1]) Der bonae-fidei-Charakter der Consensualcontracte entwickelte sich durch Gewohnheitsrecht[2]) in der Weise, daß man dieselben als neue arbitria den in den 12 Tafeln anerkannten arbitria anschloß[3]), der legis actio per judicis arbitrive postulationem unterwarf und im Laufe der Zeit das arbitrium einen reicheren Inhalt gewann. Den Weg zur Verwirklichung latenter Rechtsgedanken bei den Römern darf man sich überhaupt nicht allzu langwierig vorstellen. Es genügte oft ein autoritativer Ausspruch, um eine fruchtbare, gewohnheitsrechtliche Bildung einzuleiten.[4])

Das Resultat des Obigen ist: Kauf, Miethe und Societät in ihrer Realform waren schon frühzeitig als Gründe klagbarer Ansprüche des Verkäufers, Vermiethers und Socius anerkannt. Die Klagbarkeit dieser Ansprüche reicht über die 12-Tafelzeit zurück. Die Entwickelung der reinen Consensualform vollzieht sich gewohnheitsrechtlich durch Entfaltung des in der Realform bereits festgestellten und anerkannten synallagmatischen Princips. Sie fällt in die nächste Zeit nach den 12 Tafeln. Die weitere Entwickelung der zweiseitigen Consensualcontracte liefert keinen Anhalt für die Annahme ursprünglicher Getrenntheit und strenger Einseitigkeit der beiderseitigen Obligationen, vielmehr stellt sich unter dem Einfluß der bona fides die gegenseitige Gebundenheit und Wechselbeziehung derselben heraus.

B. Wesen der synallagmatischen Verpflichtung.

§ 60. Bisherige Theorien.

I. Einheitstheorie. Nach der Ansicht Einiger bildet die gegenseitige Verpflichtung „Eine Obligation"[5]), so daß Verpflichtung und Gegenverpflichtung in „untrennbarer Verbindung stehen, die eine um der anderen willen und mit ihr zugleich bestehend zu denken ist und beide nur als zwei Hälften eines und desselben Rechtsverhältnisses" erscheinen.[6]) Diese Einheit

---

[1]) Ueber sonstige Ansichten vgl. Bechmann I S. 467, 468.

[2]) Cic. de off. III c. 15: et sine lege judiciis, in quibus additur: ex fide bona.

[3]) S. über diese Fälle Voigt, 12 Taf. I S. 603 flgd.

[4]) Bemerkenswerth ist die Entwickelung der actio doli, Cic. de off. III c. 14, 15.

[5]) Liebe, Stipulation S. 254: „Einheit einer aus Leistung und Gegenleistung gemischten Obligation."

[6]) v. Savigny, Obl. II S. 12, 13. Mommsen, Beiträge I S. 348. Hasenöhrl, österr. Obl. R. § 25 S. 322 „es setzt nämlich jede Forderung die andere voraus, sodaß beide zusammengehörig sind." Vgl. Dernburg, preuß. Priv. R. II § 45: „Forderungen, die aus dem Fundament desselben Geschäfts entspringen und mit einander derartig verknüpft sind, daß sie in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältniß stehen."

soll jedoch[1]) nicht dahin zu verstehen sein, daß die Geltendmachung der beiden Forderungsrechte „immer in denselben Moment fallen müßte“ oder nicht durch Erfüllung oder Erlaßvertrag die eine Verpflichtung unbeschadet der anderen aufgehoben werden könnte, sondern lediglich im Sinne einer nothwendig einheitlichen Entstehung und, bei casueller Unmöglichkeit, auch Aufhebung des ganzen Obligationsverhältnisses. Allein der „nothwendigen Einheit der Entstehung“ widersprechen die sog. hinkenden Verträge. Die „Einheit des Bestandes“ aber läßt sich nicht durchweg aufrechterhalten und erklärt selbst da, wo sie scheinbar zutrifft, wie z. B. bei der Miethe, nicht, warum die casuelle Unmöglichkeit, von welcher der Gegenstand der einen Verpflichtung betroffen wird, z. B. der Untergang der Miethssache, auch zerstörend auf die Gegenverpflichtung wirkt. Der Grund dieser Erscheinung bleibt somit offene Frage.

II. Trennungstheorie. Von anderer Seite ist die Idee vertreten worden, daß Verpflichtung und Gegenverpflichtung zwei von einander unabhängige, getrennte Obligationen seien.[2]) Die Consequenz dieser Ansicht ist, daß beide Verpflichtungen nicht bloß unabhängig von einander entstehen und bestehen, sondern auch ohne Rücksicht auf einander geltend gemacht werden können.

Mit Recht hat bereits Windscheid (Pand. § 321 Note 16) gegen diese Auffassung eingewendet, daß sie „dem Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht gerecht“ wird. Denn nach derselben würde die Gegenseitigkeit der Wirksamkeit und Function, die überdies in der exceptio non adimpleti contractus keineswegs aufgeht, nicht auf der Natur des gegenseitigen Vertrages, sondern auf einer erst im Laufe der Zeit äußerlich hinzugetretenen Billigkeitsrücksicht beruhen, die, wenn es von vornherein sich wirklich bloß um zwei von einander getrennte Obligationen handelte, in gleicher Weise auch in allen sonstigen Fällen, wo sich zwei getrennte Obligationen: Forderung und Gegenforderung, gegenüberstehen, zutreffen könnte, so daß z. B die Zurückzahlung einer Darlehensschuld verweigert werden dürfte, weil der Gläubiger noch nicht einen Werkverdingungs- oder sonstigen, zu dem Darlehen in keiner Beziehung stehenden Contract erfüllt hat. Es muß daher wohl seine besondere Bewandtniß haben, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gerade nur bei gegenseitigen Verträgen Platz greift.

III. Bedingungstheorie. Von einzelnen Schriftstellern werden die beiden Glieder der gegenseitigen Verpflichtung in eine unmittelbare Verbindung gebracht, indem „die Leistung des einen Theils durch die des anderen

---

[1]) Mommsen, Beiträge I S. 348, III S. 416, 417.

[2]) Wächter, Arch. f. civil. Pr. 5, Nr. VI u. IX S. 116 flgd. Madai, Mora, S. 280. Reatz, Zeitschr. f. C. u. Pr. 15, Nr. XI S. 354. Dernburg, Compensation (2. A.), §§ 7, 8 S. 63 flgd. Pand. II S. 55—56. Vgl. Bechmann, Kauf I S. 543, 569—576, 592, der jedoch „eine genetische Zweiseitigkeit des Kaufs“, d. h. eine nothwendige Einheit der Entstehung der beiden Obligationen vertritt.

bedingt"[1]) oder, wie dies Keller[2]) formulirt hat, jeder Theil nicht zum Leisten schlechthin, sondern nur zum Leisten Zug um Zug, d. h. gegen Empfang der Gegenleistung verpflichtet sein soll, für jeden Theil also nur ein Recht auf Austausch der gegenseitigen Leistungen entstehe, und die exceptio non impleti contractus keine wahre exceptio, sondern Verneinung der eigensten Bedingung der Klage sei. Diese Ansicht läuft auf ein durch das Erfolgen oder Angebot der Gegenleistung auf beiden Seiten bedingtes Recht hinaus, und kommt vorweg in Widerspruch mit dem pragmatischen Inhalt des gegenseitigen Vertrages, der für ein solches Bedingungsverhältniß keinen Anhalt bietet. Sie scheitert vollends daran, daß die Gleichzeitigkeit der Gegenleistung unbeschadet des Wesens der gegenseitigen Verpflichtung fehlen und also kein Begriffsmoment derselben bilden kann.

IV. Gegenseitigkeitstheorie. Es lag nahe, die gegenseitige Abhängigkeit beider Verpflichtungen hinsichtlich ihrer Wirkungen, wie sie sich in der exceptio non adimpleti contractus zeigt, auf die Natur des gegenseitigen Vertrages zurückzuführen. So hebt insbesondere[3]) Windscheid (Pand. § 321, 1) hervor, daß, wer Erfüllung fordert, ohne seinerseits erfüllt zu haben oder Erfüllung anzubieten, mit der Einrede zurückgewiesen werde, daß seine Forderung gegen die Absicht des Vertrages verstoße, und stellt ferner (§ 321, 3) in dem Fall, daß die Verpflichtung einer der Parteien wegfällt, für die Frage nach der Gegenverpflichtung das Princip auf: daß, „wer selbst seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen brauche, auch die Gegenleistung nicht verlangen kann". Hiermit wird zutreffend auf ein materielles Rechtsprincip verwiesen. Dieses bedarf aber noch der näheren Begründung.

Die „Absicht des Vertrages" hat an und für sich keine rechtliche Wirkung. Sofern ihre Consequenzen nicht vertragsmäßig festgesetzt sind, kann sie nur durch das Eingreifen von Recht und Billigkeit zur Geltung gebracht werden. Ihre Berücksichtigung hängt also davon ab, ob sie einem anerkannten Rechts- und Billigkeitsprincip entspricht. Die Billigkeit ist aber Nichts Willkürliches, Zufälliges, sondern ebenfalls bestimmten Gesetzen unterworfen. Es wird also darauf ankommen, welchem Rechts- oder Billigkeitsprincip sich jene Absicht unterordnet.

§ 61. Motivation im Recht.

Die Geltendmachung des Rechts auf Leistung ist in gewisser Weise gebunden durch die Rücksicht auf die Gegenleistung. Dahin gehört unter

---

[1]) Thibaut, Pand. § 169.

[2]) Jahrb. des gem. R. IV S. 337, 342. Ebenso: Karlowa, de natura atque indole συναλλάγματος 1862. Tiktin, de natura bilateral. obl. 1867. Baron, Pand. § 215.

[3]) Unentwickelt ist die Ansicht von Arndts, Pand. § 234: „jede Verbindlichkeit ist nur auf eine Leistung gegenüber einer Gegenleistung begründet".

Vgl. im Uebrigen Puntschart, fundamentale Rechtsverh. S. 154—156 und die weiteren Citate daselbst.

Anderm, daß die Leistung bis zum Erfolgen oder Angebot der Gegenleistung versagt werden kann, und es fragt sich, in welcher juristischen Form sich die Rücksicht auf die Gegenleistung durchsetzt? Hierin liegt der theoretische Kern der Streitfrage nach der Natur der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus). Wenn die Leistung nur soll verlangt werden dürfen, wenn zugleich auch die Gegenleistung erfolgt, so kommt hierin ein gewisser Causalzusammenhang zum Ausdruck, nämlich von der Art: daß das Eine geschehen muß, damit das Andere geschieht, das Erfolgen oder Anerbieten der Gegenleistung den rechtfertigenden Grund für die Effectuirung der Leistung bildet, und Beides zu einander in Wechselwirkung steht. Dies führt auf das Gebiet des rechtfertigenden Grundes, auf:

Das Gesetz der Motivation.

Grund auf rechtlichem Gebiet, rechtliche causa ist das die rechtliche Veränderung vor der praktischen Vernunft rechtfertigende Moment, der Rechtfertigungsgrund. A überläßt die Sache, weil ihm B den Kaufpreis zahlt, und B zahlt den Kaufpreis, weil A ihm die Sache überläßt. Der Socius A leistet im gemeinsamen Interesse, zum Theil also im Interesse des Socius B mit Rücksicht darauf, daß B ebenfalls im gemeinsamen Interesse, und also zum Theil im Interesse des A leistet. Es hat einen vernünftigen Grund, daß Jeder mit Rücksicht darauf leistet oder leisten soll, daß auch der Andere leistet oder leisten soll.

Das Erforderniß der causa ist die Anerkennung des Satzes vom zureichenden Grunde (principium rationis sufficientis agendi) auf dem Rechtsgebiet.

Grund, causa in dem hier unterstellten Sinne: causa als Rechtfertigungsgrund ist zu unterscheiden von dem actuell gewordenen Grunde, von der causa als Begründungsakt, Ausdruck rechtserzeugenden Willens. Beides verhält sich zu einander wie Grund und Ursache. Die Art und Weise, wie eine rechtliche Veränderung hervorgebracht wird, bedeutet den Complex der die Rechtswirkung verursachenden Thatsachen, die Ursache der rechtlichen Veränderung. Der Rechtfertigungsgrund enthält die Möglichkeit der Verursachung. Die causa im ersteren Sinne macht die causa im letzteren Sinne erst möglich und ist in dieser wirksam. Daraus erklärt sich, daß im Sprachgebrauch beide Bedeutungen sich vermischen und mit einander identificirt werden. Der begriffliche Unterschied beider aber ist ein sehr erheblicher. Causa als Rechtfertigungsgrund fällt unter das **Gesetz der Motivation.** Dieses beruht darauf, daß der menschliche Wille durch Vorstellung, Erkenntniß, vernünftige Erwägung und Zwecke bestimmt wird. Der Rechtfertigungsgrund ist der Zweck, d. h. die zum Princip des Handelns erhobene Idee einer als vernünftig und erstrebenswerth erkannten Veränderung. Der Zweck als das rechtfertigende Moment des Handelns ist an sich Nichts Ver-

ursachendes, vielmehr tritt die Verursachung erst ein mit dem im Sinne des Zwecks sich bethätigenden Willen. Motivation und Causalität, obwohl begrifflich verschieden, stehen somit in keinem ausschließenden Gegensatz, sondern jene ist die Vorbedingung zu dieser. Wenn man z. B. von Begründung, causa der Obligationen redet, so heißt dies einmal: daß gewisse Momente den zureichenden Grund zur Entstehung von Verpflichtungen abgeben, z. B. daß, wenn fremdes Gut zur Aufbewahrung oder leihweise anvertraut ist, es auf Erfordern bezw. nach gemachtem Gebrauch zurückgegeben werden muß — Gesetz der Motivation, und sodann, daß im concreten Falle Momente dieser Art vorliegen, also daß Gut anvertraut, Etwas als Commodat, Depositum von A dem B gegeben ist und deßhalb die Verpflichtung zur Rückgabe entsteht — Gesetz der Causalität. Das Gesetz der Motivation kann für sich allein Nichts Wirkliches schaffen, sondern es bedarf der concreten Vorgänge, um sie in Actualität und Causalität überzuleiten, wogegen wieder diese Vorgänge ohne das Gesetz der Motivation, d. i. ohne den rechtfertigenden Grund sich niemals zur Causalität entfalten könnten.[1])

Die rechtfertigenden Gründe der rechtlichen Veränderungen sind die subjectiven und objectiven Rechtszwecke. Die subjectiven Rechtszwecke sind die Geschäfts- und Verkehrszwecke, diejenigen Zwecke, welche der Einzelwille bei seinen Dispositionsacten verfolgt; die objectiven Rechtszwecke sind diejenigen, um derentwillen die Rechtsordnung Rechte und Pflichten statuirt, z. B. Delictsobligationen, Condictiones ex lege.

Die übliche Eintheilung der subjectiven causa in causa credendi, solvendi, donandi ist unvollständig. Sie umfaßt z. B. nicht die causa der Bürgschaft, des conditionem implere, dotem constituere u. A. und beruht überhaupt auf keinem einheitlichen Princip. Es sind vielmehr zu unterscheiden: materielle und formelle, principale und accessorische, primäre und secundäre causae.

Die materiellen causae sind theils subjective Zwecke: Freigebigkeit, Gefälligkeit, Austausch, Erlangung einer Gegenleistung oder Verwirklichung irgend eines sonstigen Privat-Interesse, z. B. conditionem implere, dotem constituere, theils objective Rechtszwecke: Strafe und Buße, Schadensersatz, Beförderung des gemeinen Besten, Schutz gemeinbürgerlicher und nachbarlicher Interessen.

---

[1]) Schloßmann, Vertrag, S. 17—18 meint, daß „nicht Causalität, sondern Motivation“ den Zusammenhang der Obligation mit ihrem Entstehungsgrunde vermittele, und z. B. der Ausspruch: „Der Kaufvertrag erzeugt die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises“ Nichts anderes bedeute, als: „irgend ein Moment bildet für den Urtheilenden den zureichenden Grund, den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises für verpflichtet zu erklären.“ Das Gesetz der Motivation wird also von ihm, nicht, wie im Text, als principium rationis sufficientis essendi vel fiendi, sondern nur als principium rationis sufficientis cognoscendi gefaßt. Der juristische Erkenntnißgrund kann aber weder den Grund der juristischen Gestaltung und Veränderung, noch die realen Rechtfertigungsgründe ersetzen und ist für die Entstehung und Formation der Rechtsverhältnisse völlig irrelevant.

Formelle causae sind: Vereinfachung, Erleichterung, Bequemlichkeit und Erweiterung der Rechtsausübung und Rechtsverfolgung, Sicherung, (Formalcontracte, Correalität, Solidarität, Alternativität, Bürgschaft).

Principal ist eine causa, wenn sie ein selbständiges Rechtsverhältniß (materieller oder formaler Natur) begründet, accessorisch ist sie, wenn sie sich auf ein anderweites Rechtsverhältniß bezieht und dessen Sicherung oder Verstärkung bezweckt (Bürgschaft, Pfand, Conventionalstrafe, Arrha).

Primär ist eine causa, wenn sie das Rechtsverhältniß hervorruft und begründet, secundär ist sie, wenn sie sich auf Modification und Aufhebung eines bestehenden Rechtsverhältnisses bezieht (z. B. Zahlung, Novation).

Der Zweck kann voraussetzungslos sein oder nicht. Voraussetzungslos ist er bei der Schenkung. Bei der reinen Schenkung wird dem Anderen Etwas schlechthin und ohne Erwartung einer Gegenleistung zugewendet: Dat aliquis . . . propter nullam aliam causam . . . quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur l. 1 pr. D. de don. 39, 5. Ebenso bei letztwilligen Verfügungen.

An Voraussetzungen gebunden sind dagegen die anderen Zwecke. Die Strafe setzt das Delict, der Schadensersatz die Schadenszufügung, die Rückgabepflicht das Anvertrauen und zeitweilige Ueberlassen voraus. Die accessorische causa lehnt sich an die principale, die secundäre causa an die primäre causa an.

Die Voraussetzungen der causae können in Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegen.

In der Vergangenheit liegt die Voraussetzung, cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est l. 52 D. de cond. ind. 12, 6, d. i. man nimmt an, daß Jemand Etwas geleistet habe, und versteht sich zum Geben, um sich erkenntlich zu zeigen.

Die Voraussetzung ist eine gegenwärtige, z. B. beim Geben einer Arrha (arrha confirmatoria), bei der Zahlung einer Schuld. Die Perfection des Vertrages, das Vorhandensein der Schuld sind hier die präsenten Voraussetzungen zu dem Zweck, die Perfection des Vertrages zu constatiren, sich von der Schuld zu befreien.

Der vorausgesetzte Umstand ist ein künftiger, wenn um eines künftigen Erfolges willen (ut aliquid sequatur l. 52 cit.) gegeben oder promittirt wird, z. B. zu dem Zweck, daß der Empfänger gegenleiste oder verpflichtet werde oder eine Ehe zu Stande komme, oder zur Erfüllung einer Bedingung behufs Erlangung eines davon abhängigen Vortheils. Die Quellen unterscheiden nach dem Inhalt der Voraussetzung datio ob causam und datio ob rem l. 1 D. de cond. ob turp. c. 12, 5: omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam (Paulus lib. 10 ad Sabinum) l. 52 D. de cond. ind. 12, 6: damus aut ob causam aut ob rem (Pomponius lib. 27 ad Quintum Mutium). Diese Unterscheidung reicht auf Scävola zurück und hatte sich offenbar bereits in der republicanischen Zeit festgestellt. Sie ist die allgemeinste Eintheilung der causae. Bei ihr bedeutet datio ob causam den Zweck, dessen

Voraussetzung in der Vergangenheit liegt, datio ob rem den Zweck, dessen Voraussetzung ein künftiger Umstand ist. Sie wurde von den klassischen Juristen festgehalten; insbesondere verblieb es auch bei dem engeren und technischen Sinn von causa als causa praeterita. Bei Paulus begegnet eine Erweiterung der Eintheilung in l. 65 pr. D. de cond. ind. 12, 6: in summa, ut generaliter de receptione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter conditionem aut ob rem aut ob indebitum. Allein es leuchtet ein, daß die datio ob transactionem bald unter die datio ob causam bald unter die datio ob rem fällt, je nachdem es sich um einen geschlossenen oder um einen künftigen Vergleich handelt (cfr. l. 23 pr. D. de cond. indeb. 12, 6). Die datio ob conditionem fällt unter die datio ob rem (l. 1 § 1 l. 2 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 l. 65 § 3 D. cit. 12, 6). Es bleiben als Hauptglieder nur bestehen die datio ob causam und datio ob rem. Jene begreift unter sich sowohl die causa praeterita als auch die causa praesens, insbesondere das vorausgesetzte Vorhandensein einer Schuld. In der späteren römischen Terminologie wird der Begriff der datio ob causam auf die datio ob rem ausgedehnt, so daß sich ein weiterer beide Klassen der datio umfassender Begriff der datio ob causam bildete.

Den Fällen des Gebens unter einer Voraussetzung, datio ob causam im weiteren Sinne wurden angeschlossen die Fälle, wo ohne eine Handlung der einen Partei ein Vermögensbestandtheil derselben an die andere Partei gekommen war, indem das an jenen Fällen entwickelte Condictions-Prinzip auf diese übertragen wurde.

Die Voraussetzung hat keine Bedeutung als selbständige Kategorie, sondern ist nur Moment der rechtfertigenden causa d. i. des Geschäfts- oder Rechtszweckes, insofern dieser ein gewisses Factum oder Verhältniß oder einen künftigen factischen oder rechtlichen Erfolg voraussetzt, und die Unrichtigkeit der factischen Voraussetzung in den meisten Fällen die Ermangelung der Zweckerfüllung bewirkt.

Eine Selbstbeschränkung des Willens, wie dies und conditio, ist sie schon deshalb nicht, weil, auch wo sie in der Willenserklärung selbst zum Ausdruck kommt, sie deren Wirkung in keiner Weise beschränkt.

Für den Eintritt der Rechtswirkung kommt lediglich der Wille d. i. der vernünftige, zweckbewußte und zweckbestimmte Wille in Betracht.

Wo der Zweck seiner concreten Beschaffenheit nach an eine Voraussetzung gebunden ist, wie z. B. der animus credendi (contrahendi) und solvendi, tritt die Rechtswirkung doch völlig unabhängig von der Richtigkeit der Voraussetzung und Erfüllung der Erwartung ein. Für die Causalität des Willens genügt schon die subjective Voraussetzung, ohne Rücksicht auf ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit, auf ihre demnächstige Erfüllung oder Nichterfüllung.

Die vielverhandelte Streitfrage über die Natur der justa causa traditionis löst sich einfach dahin, daß schon die subjective Voraussetzung, die

putative causa für den Zweck der Eigenthumsübertragung ausreicht. Die justa causa traditionis ist nicht nothwendig ein rechtsgültiges Geschäft, in dessen Erfüllung die Tradition zu erfolgen hat. Die causa — die wirkliche wie die vermeintliche — ist aber andererseits auch nicht bloß „Kennzeichen" oder „Erkenntnißmittel"[1]) des Traditionswillens, sondern wahres Requisit desselben und zwar positives Requisit. Sie bedeutet keineswegs, wie Exner, Tradition S. 337, meint, bloß Etwas Negatives: die Abwesenheit eines den Eigenthumsübergang hindernden Umstandes, wie z. B. Schenkungsverbot, furtum, S. C. Vellejanum. Sie bedeutet vielmehr eine positive Qualität des Traditionswillens, und wird demgemäß auch als positives Requisit in den Quellen aufgestellt. Bei der sehr bestimmten, sich gleichförmig wiederholenden Ausdrucksweise der Quellen kann von einer „ungenauen Fassung" keine Rede sein.

Zunächst wird im Gegensatz zum körperlichen Act der Hingabe das Willensmoment als Erforderniß der Tradition im Allgemeinen betont in l. 55 D. de O. et A. 44, 7, § 40 J. de rer. div. 2, 1 und dasselbe alsdann näher charakterisirt in l. 31 pr. D. de acq. r. dom. 41, 1, § 40 J. de rer. div. 2, 1, Gaj. II § 20, Ulp. fr. 19, 7 als der die Eigenthumsübertragung rechtfertigende Zweck.

Wird aber einmal der Zweck als rechtfertigender Grund der Willenswirkung gesetzt, und kann vernünftigerweise nur gewollt sein unter der Voraussetzung der Zweckerfüllung, so folgt aus diesem Princip von selbst, daß, wenn wider Erwarten der Zweck nicht erreicht, verfehlt oder hinterher weggefallen ist, die hervorgebrachte Rechtswirkung wieder rückgängig gemacht werden muß, da sie sich in Wahrheit als eine ungerechtfertigte herausstellt.

Die Ermangelung der Zweckerfüllung ist ein Motiv zur Aufhebung der in der Voraussetzung der Zweckerfüllung begründeten Rechtswirkung.

Der natürlichen und auch im älteren Recht vertretenen Auffassung würde es freilich entsprechen, vorweg den Eintritt der Rechtswirkung von dem Eintritt der Zweckerfüllung abhängig zu machen und so in directer Weise die Relevanz des Zweckmoments zu bethätigen. Allein dem größeren Freiheitsbedürfniß des Verkehrs gegenüber läßt sich dieser Standpunkt nicht aufrecht erhalten und muß statt der absoluten schon die hypothetische Zweckerfüllung Berücksichtigung finden. Damit ist von selbst die indirecte Bethätigung der Relevanz des Zweckmoments durch condictio und exceptio gegeben. Es ist nun denkbar, daß schon der Parteiwille für den Fall ermangelnder Zweckerfüllung Vorsorge trifft, z. B. durch diesbezügliche Stipulationen. Wo dies aber — was erfahrungsmäßig die Regel — nicht geschieht, muß der objective Rechtswille, die aequitas aushelfend eingreifen.

---

[1]) S. die diesbezüglichen Citate bei Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 326, 327.

Die Condictionen sind nicht auf einen fingirten oder stillschweigenden Rückgabevertrag oder eine „Selbstbeschränkung" oder sonstige Aeußerung des subjectiven Willens zurückzuführen; der formlose Vorbehalt der Rücknahme des Gegebenen kann, weil er nicht unter einen der anerkannten Realcontracte fällt, für das römische Recht überhaupt nicht als klagbegründend in Betracht kommen. Für dieses ist daher die Möglichkeit, die Condictio „als Klage aus einem Rechtsgeschäft", also als Contractsklage zu construiren, vorweg ausgeschlossen.[1]) Ebensowenig kann von einer Begründung der Condictio durch bloße res[2]) die Rede sein. Die Condictio beruht vielmehr lediglich auf dem den Geschäftszweck in freier Weise berücksichtigenden objectiven Rechtswillen, aequitas[3]) und bona fides.[4])

Die Condictionsfälle

beruhen sämmtlich darauf, daß wegen Ermangelung der Zweckerfüllung die in Erwartung derselben geschehene datio und promissio kraft aequitas rückgängig gemacht wird. Das Gesetz der Motivation erscheint hier in einfacher Anwendung.

Anlangend die causa praeterita, so läßt sich nicht (z. B. mit Puchta, Pand. § 309) behaupten, daß sie „in der Regel" keine Condictio begründe. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob ihre Unrichtigkeit eine Ermangelung der Zweckerfüllung bedingt oder nicht.

Wenn Jemand in der irrigen Annahme, daß ihm ein Anderer einen Dienst geleistet, sich erkenntlich zeigen will und ihm eine unentgeltliche Zuwendung macht, so findet keine Zurückforderung statt, weil der Zweck: unentgeltlich Etwas zuzuwenden, trotz der Unrichtigkeit der Voraussetzung bestehen bleibt. So deducirt nicht bloß Pomponius bezw. Scävola in l. 52 D. de cond. ind. 12, 6, sondern auch Paulus in l. 65 § 2 eod.: id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Wozu die Hervorhebung der Schenkungsabsicht, wenn die causa praeterita falsa schon von selbst jede Rückforderung ausschloß? Die falsa causa ist aber hier wirkliche Voraussetzung zum

---

[1]) Pernice, Labeo I S. 422 folgert aus l. 2 p. D. de cond. ind. 12, 6, l. 35 § 3 D. mort. c. don. 39, 6 daß „Sabinus und seine Schule" diese Construction versucht hätten. Allein die Ausdrücke: negotium contractum est, negotium geritur besagen nur, daß die Condictio ein Geben zu einem bestimmten Zweck (negotium) voraussetzt, wozu das nullum negotium contractum est in l. 33 D. de cond. ind. 12, 6: si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, also die ohne Geschäft und Geschäftszweck geschehene factische Bereicherung den Gegensatz bildet.

[2]) Bekker Aktionen I S. 118 flgd. 133 flgd. behauptet eine solche Kraft des re obligari. Mit Recht hiegegen Pernice, a. a. O. S. 419.

[3]) l. 14, l. 66 D. de cond. ind. 12, 6, l. 13 § 2 D. comm. 13, 6, l. 5, § 3 D. de O. et A. 44, 7, Gaj. 3, 91, l. 25 D. rer. amot. 25, 2. l. 206 D. R. J. 50, 17.

[4]) l. 9 § 1 D. ob turpem c. 12, 5, l. 2 D. sine c. 12, 7, l. 17 § 3 D. comm. 13, 6, l. 11 § 6 D. act. empt. 19, 1, l. 5 D. tut. 27, 3. Windscheid, § 424 Note 1.

Zweck, ein den animus donandi als animus remunerandi qualificirendes Moment, nicht bloßes Motiv, als welches Wohlwollen, Eitelkeit u. s. w. mit im Spiele sein könnte.[1]) Gegen die Annahme, daß die causa praeterita hier bloßes Motiv wäre, spricht die Nebeneinanderstellung der datio ob causam mit der datio ob rem in l. 52, l. 65 pr. D. cit. 12, 6. In gleicher Weise wird der Ausschluß der repetitio bei der datio ob transactionem in l. 65 § 1 eod. motivirt: licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Trotz der irrigen Annahme, daß dem Gegner Ansprüche zustanden[2]), bleibt die Vergleichsabsicht bestehen. Ganz anders verhielt es sich, wenn man zahlte in der irrigen Annahme, ein Versprechen abgegeben zu haben. Die Zahlung geschah hier zu dem Zweck, sein Versprechen einzulösen und dieser ist hinfällig, wenn das Versprechen thatsächlich nicht abgegeben war, l. 22 D. eod. 12, 6: Sed si me putem, tibi aut Titio promisisse, cum aut neutrum factum sit aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit et Titio solvero, repetere a Titio potero (Pomponius).

Demgemäß erscheint auch die condictio indebiti als principmäßige Folge und nicht als bloße Ausnahme.

Die Ermangelung der Zweckerfüllung ist ferner rechtfertigender Grund der condictio causa data causa non secuta.

Die Condictio sine causa findet Anwendung: einmal in Fällen ermangelnder Zweckerfüllung, welche nicht bereits unter der condictio indebiti und ob causam datorum begriffen sind (z. B. bei causa nulla, causa finita, promissio ob causam, Unrealisirbarkeit des Zweckes), sodann in den Fällen, wo ohne allen rechtsgeschäftlichen Zweck und also ohne rechtfertigenden Grund Etwas aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen gekommen ist.[3]) Die durchgreifende Anwendbarkeit der condictio in diesen Fällen ist nicht zu bezweifeln.

Für die Frage, in wessen Person die Bereicherung eine ungerechtfertigte ist, kommt nicht nothwendig Derjenige in Betracht, bei welchem das fremde Vermögensstück bezw. dessen Erlös verblieben ist.[4]) So ist z. B. bereichert nicht der Gläubiger, der in gutem Glauben von seinem Schuldner eine fremde Sache zum Pfande erhalten und daraus Befriedigung erlangt hat,

---

[1]) Treffend unterscheidet Windscheid, Pand. § 365 Note 4 Schenkungsabsicht und Schenkungsmotiv.

[2]) Die transactio war, weil sie nicht als Consensualcontract anerkannt war, zunächst ein bloßes Factum.

[3]) Vgl. die Fälle bei Vangerow III § 628, Arndts § 345.

[4]) Vgl. über diese Fälle Windscheid, Pand. § 422 Note 4. In den bezüglichen Quellenaussprüchen z. B. l. 23 D. de reb. cr. 12, 1, l. 49 de neg. g. 3, 5, l. 50 § 1 D. her. pet. 5, 3 wird durchweg der Billigkeitsgrund, daß Niemand sich mit fremdem Schaden bereichern dürfe, geltend gemacht, aber auch angedeutet (l. 30 D. act. empt. 19, 1) daß die Bereicherung eben wegen Mangels einer causa eine ungerechtfertigte ist: quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

sondern der Schuldner, der durch die fremde Sache sich Befreiung von einer Schuld verschafft hat, und für den die Verpfändung eben das Mittel zur Bereicherung aus fremdem Vermögen war. Wenn man ferner erwägt, daß die Condiction das Erlöschen der Vindication voraussetzt, so liegt für den Gläubiger im Resultat die Sache so, wie wenn sein Schuldner Eigenthümer der Pfandsache gewesen wäre.

Ebensowenig ist gegen den Gläubiger die Condiction statthaft, wenn er in gutem Glauben die Sache eines Dritten hat pfänden und zum Verkauf bringen lassen.[1]) Statt der Condictio kann unter Umständen eine actio in factum (l. 18 § 1 D. de m. c. don. 39, 6) oder actio utilis[2]) gegen den Schuldner Platz greifen.

In den bisher erörterten Condictionsfällen ist der rechtfertigende Grund der Rückforderung durchweg die Ermangelung der Zweckerfüllung oder eines Zweckes überhaupt. Im Gegensatz dazu findet bei der Condictio ob turpem vel injustam causam trotz der eingetretenen Zweckerfüllung die Rückforderung statt, und zwar aus allgemeinen Sittlichkeits- und Rechtlichkeitsrücksichten, zur Strafe des Empfängers, weil der Zweck, zu welchem ihm gegeben wird, ein verwerfliches oder rechtswidriges Verhalten seinerseits in sich schließt.

Der Mangel der Zweckerfüllung wie das Vorliegen einer turpis oder injusta causa können unter Umständen auch durch exceptio geltend gemacht werden, z. B. gegenüber der Vindication oder Stipulationsklage (Gaj. IV § 116—117, l. 2 § 3 D. de doli m. exc. 44, 4).

Auf dem Gesetz der Motivation beruht nun auch

§ 62. Das synallagmatische Princip.

Das Grundwesen alles Synallagma ist: Leistung für Leistung, Leistung gegen Leistung, Leistung um Leistung. Die Worte: Für, gegen, um drücken den Zusammenhang zwischen beiden Gliedern des synallagmatischen Verhältnisses: die zwischen ihnen stattfindende Causalbeziehung aus. Im Lateinischen wird dies Beziehungsverhältniß durch den Ablativ des Preises, eine Anwendung des Ablativus causae moventis ausgedrückt, z. B. praedium venit centum millibus nummum, Caelius habitat triginta millibus. Im Griechischen begegnet dafür der Genitivus pretii bezw. mercis, als Anwendung des Genitivus causalis, z. B. *ἕτοιμος ἦν πλείστων χρημάτων τὸ ἄγαλμα πρίασθαι, τρεῖς μνᾶς κατέθηκε τοῦ ἵππου.*[3])

---

[1]) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 13 S. 183, welche sich sehr eng an die Quellenaussprüche anschließt.

[2]) So in l. 49 D. de neg. g. 3, 5, l. 50 § 3 D. de her. pet. 5, 3 die actio negot. gest., in l. 14 § 11, l. 32 pr. D. de relig. die actio funeraria utilis, in l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 schlechthin actio utilis (negotiorum gestorum), l. 74 § 1 D. de ev. 21, 2: actio ex empto (utilis). Vgl. Windscheid, § 424 Note 1, § 431 Note 18.

[3]) cfr. Genesis, c. 47, 19: קנה־אתנו ואת־אדמתנו בלחם (kaufe uns und unser Land um's Brod). Levit. c. 22, 11: קנה נפש קנין כספו (er kauft einen Sklaven für sein Geld). I Reg. c. 21, 2 (Tausch und Kauf).

Das Grundwesen des Synallagma bleibt sich in allen Formen desselben gleich. Wer verkauft, will für die Sache den Preis haben und diese Willensrichtung ist vorhanden sowohl beim primitiven Kauf (Naturalkauf) als beim naturalen Creditkauf und Consensualkauf. Wenn beim naturalen Creditkauf der Verkäufer sich den Kaufpreis durch Stipulation, Expromission, Pfand oder Bürgen versichern ließ, so blieb seine principale Geschäftsabsicht: die Erlangung des Preises, unverändert und waren die Promissions- und Sicherungsacte lediglich Mittel zum Zweck. Die Begründung und Sicherung des Forderungsrechts auf den Preis war nicht principale, sondern nur secundäre Geschäftsabsicht. Man kann nicht sagen, daß der Verkäufer die Sache für die Forderung hingab.[1])

Im Innominatcontract stellt sich das Wesen des Synallagma sehr entschieden dahin heraus: daß die Leistung geschieht zum Zweck der Gegenleistung, l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14: Aristo Celso respondit: dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc *συνάλλαγμα*, id est, contractum esse et hinc nasci civilem obligationem ... Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas, manumisisti, evictus est Stichus: Julianus scribit in factum actionem a Praetore dandam, ille (Mauricianus) ait, civilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis sufficere, esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio (Ulpianus).

Obschon hier eine klagbare Verpflichtung zur Gegenleistung begründet ist, war die synallagmatische Geschäftsabsicht doch nicht sowohl auf diese Verpflichtung, als vielmehr auf die Gegenleistung selbst gerichtet, wie andererseits in der Leistung das rechtfertigende Moment der Verpflichtung zur Gegenleistung liegt.

Wird nun auch auf der anderen Seite der realen Leistung die Verpflichtung zur Leistung substituirt, so ergiebt sich das consensuelle Synallagma und als dessen Inhalt: die Verpflichtung zur Leistung wird um der Gegenleistung willen und die Verpflichtung zur Gegenleistung um der Leistung willen eingegangen, d. i. von jeder Seite wird die Obligation um der Gegenleistung willen contrahirt. Demgemäß wird der Begriff des *συνάλλαγμα*, wie in l. 7 § 2 cit. auf den Innominatcontract, so in l. 19 D. de V. S. 50, 16 auf den zweiseitigen Consensualcontract angewendet: (Labeo ... definit) contractum autem esse ultro citroque obligationem, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem societatem. Das Wesen des *συνάλλαγμα*: Leistung um Leistung findet sich bei beiden Contractsarten vor. In der letzteren Stelle dient das *συνάλλαγμα* zur näheren Bestimmung der ultro citroque obligatio im Gegensatz zu der ultro citroque obligatio von nicht synallagmatischem Charakter, wie bei Mandat, Commodat, Negotiorum Gestio (l. 3 § 1, l. 19 D. mand. 17, 1, l. 17 § 3 D. comm. 13, 6, l. 2 D. neg. gest. 3, 5: ultro citroque actio).

---

[1]) A. M. Bechmann, Kauf I S. 11.

Die Auffassung, daß der Kaufcontract „Austausch zweier Forderungen: einer Geld- und Waarenforderung" sei (Bechmann, Kauf I S. 542) oder daß die synallagmatischen Verträge „auf einem Austausch gegenseitiger Versprechen" beruhen (Dernburg, Pand. II § 20), deckt sich weder mit der Auffassung der Quellen noch des Verkehrs. Der Wille der Parteien beim Kauf geht auf Austausch von Waare und Geld. Die Entstehung von gegenseitigen Obligationen ist erst die Folge davon, daß die eine Partei die Sache geben, die andere dafür den Preis zahlen will. Dieser Willensinhalt ist also allein der geschäftswesentliche. Die gegenseitigen Versprechen aber sind lediglich der Ausdruck desselben.

Wenn der „Austausch der gegenseitigen Forderungen" oder „gegenseitigen Versprechen" im Sinne jener Auffassung offenbar Etwas Anderes bedeuten soll, als die bloße Thatsache, daß aus einem synallagmatischen Vertrage gegenseitige Verpflichtungen hervorgehen oder bei einem solchen beide Theile sich Etwas versprechen, nämlich: daß auf jeder Seite eine Verpflichtung eingegangen oder ein Versprechen abgegeben werde dafür, daß auch von der anderen Seite eine Verpflichtung eingegangen oder ein Versprechen abgegeben wird, so resultiren daraus zweiseitige Verträge von ganz anderem Charakter als die synallagmatischen Consensualcontracte des römischen Rechts, da diese auf gegenseitige wirthschaftliche Leistungen, auf Leistung für Leistung, nicht aber, wie jene, auf Verpflichtung für Verpflichtung, Versprechen für Versprechen gerichtet sind, und ferner, was bei ihnen nur Folge bezw. Ausdrucksform, bei jenen zum Wesen und zur principalen Absicht erhoben ist. Nicht ein Synallagma, sondern ein Parallagma würde jene Art von Verträgen darstellen!

Hierzu kommt, daß, wie die hinkenden Verträge zeigen, die Begründung einer Gegenverpflichtung für den synallagmatischen Contract nicht wesentlich ist, vielmehr zu einem solchen Verpflichtung zum Zweck einer Gegenleistung genügt. Andererseits ist kein rechter Zweck bei dem „Austausch von Versprechen" ersichtlich, wenn[1]) das bloße gegenseitige Versprechen genügen und die Entstehung gegenseitiger Obligationen nicht nothwendig sein soll.

Muß hiernach daran festgehalten werden, daß im synallagmatischen Geschäft jeder Theil contrahirt um der Gegenleistung willen[2]), so erscheint diese als das rechtfertigende Moment der Verpflichtung, als ihre innere causa, und es fragt sich, welche Consequenzen aus dem Ermangeln der Gegenleistung nach dem Gesetz der Motivation zu ziehen sind?

---

[1]) nach Dernburg, Pand. II § 20.

[2]) Mit Recht vertritt Pernice, Labeo I S. 460, 461 die „Relativität der beiderseitigen Leistungen" gegenüber der „Relativität der beiden Obligationen". Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß zwar die Leistung selbst nicht um der Gegenleistung willen, sondern in Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit geschieht (Windscheid, Vorauss. S. 88), wohl aber diese Verbindlichkeit um der Gegenleistung willen contrahirt ist.

Consequenzen des Princips.

Das Postulat einer rechtfertigenden Obligationscausa besagt, daß die Obligation, wenn ihre causa sich als unrichtig erweist, ermangelt oder wegfällt, rückgängig gemacht oder doch in ihrer Wirkung gehemmt werden muß. Beim synallagmatischen Consensualcontract liegt die causa in der Erwartung der Gegenleistung. Obwohl die Obligation unabhängig von der Erfüllung ihrer causa entsteht und besteht, hat die gleiche Unabhängigkeit doch nicht hinsichtlich ihrer Wirkung und Geltendmachung statt, vielmehr ist sie wegen des hypothetischen Charakters ihrer causa einer möglichen Gegenwirkung ausgesetzt.

Diese Gegenwirkung gestaltet sich näher dahin:

1. Wird das Recht auf die Leistung geltend gemacht, ohne Erfolgen der Gegenleistung, so kann die Leistung einstweilen versagt, zurückbehalten werden. Der Rückstand der Gegenleistung giebt dem Leistungspflichtigen ein Retentionsrecht.
2. Unvollständige oder mangelhafte Leistung berechtigt zur Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theils der Gegenleistung.
3. Mangelhafte Leistung berechtigt überdies zum Rücktritt und zur Redhibition.
4. Vereitelung der Leistung oder doch der intentionsmäßigen Leistung, insonderheit casuelle Unmöglichkeit, giebt in der Regel einen Anspruch auf Befreiung von der Gegenleistung.
5. Beträchtliches Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung kann zu einer entsprechenden Reduction der letzteren führen.

Alle diese Sätze folgen aus dem Princip, daß die Leistung das rechtfertigende Moment der Verpflichtung zur Gegenleistung ist.

Retentions-, Preisminderungs-, Redhibitions- und Rücktrittsrecht fließen somit aus einem gemeinsamen Princip. Auf dem Gebiet des strictum jus wird dieses Princip durch die aequitas zur Geltung gebracht, im Bereich der bonae-fidei-Judicia versteht sich seine Geltung von selbst.

Dies wird zunächst im Allgemeinen anerkannt in folgenden Stellen: l. 50 D. act. emt. 19, 1: Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei traderetur venditor tradere compellatur et re sua carere (Labeo), l. 11 § 18 D. eod.: et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri, pretium quidem deberi, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret (Julianus), d. h. die bona fides fordert die Anerkennung des Axioms: ohne Gegenleistung keine Leistung und ohne Leistung keine Gegenleistung.

Ebenso wird es als iniquum bezeichnet, ohne gehörige Leistung die Gegenleistung zu verlangen, l. 59 pr. D. de aed. ed. 21, 1: Cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est, venditorem pretium redhibendae rei consequi (Ulpianus).

Konnte die Leistung nur zum Theil erfolgen, so muß billigerweise zu einem entsprechenden Theil die Vergütung geleistet werden, l. 9 § 1 D. loc. 19, 2: Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit: quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? Et magis admittit, teneri eum et est aequissimum (Ulpianus). Der hier angedeutete Zweifel des Marcellus wird von Ulpian in durchschlagender Weise durch den Hinweis auf die Aequitas beseitigt.

Die bona fides gestattet endlich nicht ein grobes Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung, l. 79 D. pro soc. 17, 2: Si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei, l. 3 C. comm. utr. jud. 3, 38: in bonae fidei judiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

Im Bereich der bona fides ist das synallagmatische Princip in allen seinen Consequenzen anerkannt, was nunmehr im Einzelnen dargethan werden soll.

§ 63. Retentionsrecht (exceptio non adimpleti contractus).

1. Das Retentionsrecht greift Platz, wenn Seitens des Klägers die Contractsleistung überhaupt noch nicht oder doch erst unvollständig, d. h. erst theilweise erfolgt ist. Dies ist der Fall der sog. exceptio non adimpleti contractus. Das Retentionsrecht in diesem Falle ist den klassischen Juristen bereits ganz geläufig und reicht mindestens bis auf Pomponius zurück.[1]) Dabei wird die Vorstellung zu Hülfe genommen, daß das Object der Leistung bis zum Erfolgen der Gegenleistung gewissermaßen als Pfand hafte. An dem hieraus resultirenden Pfand an der eigenen Sache konnte man um so weniger Anstoß nehmen, als man die Sache, zu deren Hergabe man verpflichtet war, indirect wenigstens als veräußert betrachten konnte, auch bei Mancipation und Injurecession die Eigenthumsübertragung nicht nothwendig mit der Besitzübertragung zusammenfallen brauchte und das thatsächlich veräußerte Object noch in der Gewahrsam des Veräußerers verbleiben konnte, überhaupt es bei jener Vorstellung sich nicht um die Annahme eines wirklichen Pfandrechts, sondern lediglich um eine Analogie handelte. In diesem Sinne hat das Verhältniß bereits der

---

[1]) cfr. l. 34 § 3 D. de contr. empt. 18, 1 — et ita Pomponius quoque scribit. Daß Julianus das Retentionsrecht noch nicht gekannt, läßt sich aus l. 31 § 1 D de reb. cred. 12, 1 nicht mit Sicherheit folgern. Vgl. Bechmann, Kauf II S. 189 Note 3, S. 196 Note 6, S. 208 Note 1 gegen Dernburg, Compensation S. 74—77.

Proculejaner Cervidius Scaevola aufgefaßt in l. 22 D. de h. v. a v. 18, 4: hereditatis venditae pretium pro parte accepit reliquum emptore non solvente: quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. Respondi, nihil proponi, cur non teneantur. Es ist hier eine in jure cessio der hereditas und zwar post aditionem[1]) vorausgesetzt (cfr. Gaj. II § 35: corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas ac si ei singula in jure cessa fuissent).

Ebenso entschieden wird das Retentionsrecht anerkannt in folgenden Stellen aus Ulpian, in l. 13 § 8 D. de a. e. v. 19, 1: offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit, und in l. 31 § 8 D. de aed. ed. 21, 1: Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi ex empto, ut sibi pro parte tradat, si pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus [pluribus] servari oportere ait, nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emptor satisfaciat. Hieraus ergiebt sich zunächst, daß auch Marcellus das Retentions- und Quasi-Pfandrecht anerkannte. Ferner kommt in diesen Stellen entschieden der Gedanke zum Ausdruck, daß einerseits der Verkäufer, andererseits aber auch der Käufer schlechthin zum Leisten verpflichtet ist, daß jedoch der Verkäufer, solange ihm nicht der volle Preis gezahlt wird, die Leistung ablehnen kann.

2. Dieses Ablehnungs- und folgeweise Retentionsrecht begründet eine exceptio. Es versteht sich mit derselben Wirkung, als wenn durch ausdrückliches pactum die Leistung bis zum Erfolgen der Gegenleistung ausgeschlossen worden wäre. Nichts weniger beweisen die oben angeführten Stellen, als daß das Angebot der Gegenleistung Bedingung der actio auf Leistung wäre. Wozu bedürfte es zur Zurückweisung der Klage des Retentions- und Quasi-Pfandrechts, wenn ohne Vorleistung die Klage schon an sich nicht begründet wäre! Die Ansicht, welche in der exceptio non adimpleti contractus eine Verneinung des Klagegrundes sieht, ist juristisch geradezu unmöglich! Wenn contrahirt wird auf Leistung für Leistung, oder auf Leistung gegen Leistung, so heißt dies nach dem juristischen Causalgesetz zunächst: daß jeder Theil zum Leisten schlechthin verpflichtet ist, und sodann, daß die eine Leistung den rechtfertigenden Grund, causa, zur Effectuirung der anderen bildet. Das Für und Gegen drückt sich nicht im Inhalt, sondern in der causa der beiderseitigen Willenserklärung aus. Die Abhängigkeit der Klage auf Leistung von der Vorleistung ist nicht eine directe: sie besteht

---

[1]) Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß die Proculejaner die in jure cessio post aditionem durchweg, insbesondere auch bei einem necessarius heres gelten ließen. Gaj. II § 37.

nicht in Form der conditio oder des modus, sondern ist eine indirecte auf der Wechselbeziehung der causa beruhende.

Redewendungen wie: si pretii partem (tantum) offerat, nondum est ex empto actio l. 13 § 8 cit., nisi pretium totum solvit, nihil consequitur l. 57 D. de aed. ed. 21, 1, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si pretium solidum et quaecunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret l. 31 § 1 D. de reb. cred. 12, 1, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet l. 34 § 3 D. de contr. empt. 18, 1 erklären sich einfach daraus, daß das Angebot der Gegenleistung zwar nicht sog. vollständiger, wohl aber sog. unvollständiger Grund der Leistungspflicht ist, d. h. daß sein Mangel zwar genügt, die Rechtsfolge: die Wirksamkeit der Klage zu vereiteln, seine Setzung aber nicht erforderlich ist, die Klage an sich zu begründen.

Mit anderen Worten: Es hat Nichts Auffallendes, daß die negative Bedingung der actio in conditionaler Form gefaßt erscheint. Dies rechtfertigt aber nicht, in dem Angebot der Gegenleistung eine positive Bedingung des Klagerechts zu erblicken. Eine ähnliche Ausdrucksweise findet sich auch da, wo das Klagerecht wegen ermangelnder Erfüllung eines Modus, also unzweifelhaft wegen einer entgegenstehenden wahren Exceptio verneint wird, l. 1 § 3 D. ubi pup. 27, 2: si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere, l. 8 § 6 D. de cond. inst. 28, 7: Quoties heres jurare jubetur, daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat jussus dare (Ulpianus). l. 19 D. de leg. 3 (32): Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt (Valens).

Die vorerwähnten Ausdrücke können dementsprechend nur die Unstatthaftigkeit und Erfolglosigkeit der Klageanstellung wegen entgegenstehendem Ablehnungs- und Retentionsrechts des Beklagten bedeuten. Die Streitfrage, ob die exc. non adimpleti contractus eine wahre Einrede oder nur Verneinung eines Moments der Klagebegründung[1]), ist vorzugsweise nach inneren Gründen zu entscheiden, da die in Bezug genommenen Quellenaussprüche kein zweifelsfreies Resultat liefern. Von den für die Exceptionstheorie angezogenen Stellen setzen: Gaj. 4 § 126a l. 25 D. act. emt. 19, 1, l. 5 § 4 D. exc. 44, 4 offenbar Stipulationen voraus, cfr. l. 5 § 4, l. 2 § 3—7, l. 3, l. 4 § 1, l. 5 pr. § 1 D. exc. 44, 4, wogegen l. 5 C. de evict. 8, 45, sowie die bei dem Streit unbeachtet gebliebene l. 59 § 1 D. aed. ed. 21, 1: exceptio erit objicienda sich auf die exc. non rite adimpleti contr. beziehen.

---

[1]) S. hierüber v. Vangerow, II § 607; Windscheid, II § 321 Note 2; Puntschart, fundamentale Rechtsverhältnisse S. 207 flgd.

Ueberwiegt nun auch zur Zeit die Exceptionstheorie, so herrscht doch über den eigenthümlichen Charakter der exceptio selbst noch keineswegs volle Klarheit.

3. Charakter der exc. non adimpleti contractus.

Man spricht von „besonderen Eigenthümlichkeiten" derselben[1]), namentlich bezüglich des Beweises und findet es „abnorm"[2]), daß sie nicht, wie jede andere exc. doli, vom Beklagten erwiesen werden muß, sondern dem Kläger der Beweis der seinerseits erfolgten Leistung obliege.

Seitdem die bequeme Theorie der sog. verneinenden Einreden verdrängt ist, sucht man jene Eigenthümlichkeit in folgender Weise zu erklären: Mit der Erhebung einer Forderung aus einem zweiseitigen Vertrage werde zugleich die Entstehung einer „Gegenforderung" eingeräumt, deren Fortdauer aber sei bis zum Beweise der Aufhebung zu präsumiren und liege überhaupt im Streitfalle dem „Schuldner" der Beweis ob, daß er erfüllt habe. Diese Erklärung würde, besonders wenn man den Satz hinzunimmt, daß der Kläger „nach der Absicht des Vertrages nicht fordern könne, so lange noch seine eigene Verbindlichkeit unerfüllt besteht"[3]), zwar auf den Fall ausreichen, wo eben eine wirkliche Gegenverpflichtung des Klägers besteht, nicht aber auf den Fall, wo für den Kläger, weil der Vertrag auf seiner Seite nicht bindend war, eine Verpflichtung überhaupt nicht entstanden ist, während doch die exceptio gerade auch in diesem Fall Platz greift. Vorweg abzuweisen ist der Ausweg, in diesem Fall eine Naturalobligation als Grundlage der Retentionseinrede[4]) anzunehmen, da, ganz abgesehen davon, ob die Annahme einer Naturalobligation gerechtfertigt ist oder nicht, die betreffenden Quellenaussprüche gerade von dem völligen Nichtverpflichtetsein des Klägers ausgehen und das Retentionsrecht ganz unabhängig von einer wie auch immer gearteten Verpflichtung desselben aussprechen, l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18, 5: ut scilicet ipse (pupillus) non teneatur, sed agente eo retentiones competant (Paulus), l. 13 § 29 D. de a. e. v. 19, 1: nam qui emit, obligatur pupillo, pupillum non obligat (Ulp.). Es wäre doch zweckwidrig, das völlige Nichtverpflichtetsein des Pupillen hervorzuheben, wenn doch eine gewisse Verpflichtung der Grund des Retentionsrechts wäre. Zwar ist es andererseits ganz richtig, daß „die Retention auch nicht mit der ungerechtfertigten Bereicherung" des Pupillen begründet und mit der Einrede nicht bloß die Bereicherung, sondern „die vertragsmäßige Gegenleistung in ihrem vollen Betrage" (Bechmann, Kauf 2 S. 189 Note 2) intendirt werde. Aber wie folgt hieraus, daß die Retention hier nicht auf Billigkeit beruhen könne? Es besteht kein Hinderniß, daß nach Bewandtniß des Falles

---

[1]) Dernburg, Pand. II § 21

[2]) Pernice, Labeo I S. 460.

[3]) Windscheid II § 321 Note 3.

[4]) S. hierüber die Citate bei Windscheid, II § 321 Note 23. Bechmann, Kauf II S. 183 flgd.

die Billigkeit über den Betrag der Bereicherung hinausgeht, und welcher Billigkeitsgrund wäre wohl stärker als der, daß, wer von seinem Contrahenten Erfüllung verlangt, auch seinerseits erfüllen und die mit dem geltend gemachten Forderungsrecht verbundene Last anerkennen müsse? Die Beschränkung auf die Bereicherung, so sehr sie im Princip der Rückforderungsrechte liegt (l. 17 pr. D. de pact. 2, 14, l. 9 C. de non num. pec. 4, 30: cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet), so ungerechtfertigt wäre sie bei der Klage aus einem zweiseitigen Consensualcontract; es wäre dies eine Vermischung des Restitutions- und des synallagmatischen Princips. Jener die volle Gegenleistung intendirende Billigkeitsgrund wird denn in den einschlägigen Stellen mit aller Entschiedenheit geltend gemacht:

l. 31 D. de reb. cred. 12, 1: — non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret (Paulus).

l. 57 D. de aed. ed. 21, 1: nam et si ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur (Paulus).

l. 34 § 3 D. de act. empt. 18, 1: Item si et emptor et venditor scit, furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor. nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet (Paulus). cfr. l. 23 D. de manumiss. 40, 1: Gajus Sejus Pamphilam hac lege emit, ut intra annum manumitteretur, deinde intra annum Sejus servus pronunciatus est. Quaero, an ex lege venditionis finito anno Pamphila libertatem consecuta sit? Paulus respondit: cum ea condicione ancillam emptam domino acquisitam, cum qua conditione venisse proponeretur (Papinianus).

Das Recht darf nicht geltend gemacht werden ohne Rücksicht auf die daran haftende Beschränkung (condicio).

Versteht sich somit die Retentionseinrede ganz unabhängig von einer Gegenverpflichtung des Klägers, so kann auch nicht ihre vermeintliche Eigenthümlichkeit bezüglich der Beweislast aus einer solchen abgeleitet werden. Es fragt sich aber, wie sich die Beweislast des Klägers nun anders erklärt?

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß durch die Bezeichnung: exc. non adimpleti contractus der eigentliche Inhalt und juristische Kern der Retentionseinrede verdunkelt ist. Diese geht nicht sowohl dahin: daß der Gegner noch nicht erfüllt habe oder doch nicht zur Erfüllung bereit sei, sondern vielmehr dahin: daß die Ausübung des Klagerechtes bis zum Erfolgen der Gegenleistung unstatthaft sei, daß Kläger sein Forderungsrecht nicht geltend machen dürfe, falls er nicht gegenleiste oder gegengeleistet habe, Beklagter also bis dahin zur Zurückhaltung der Leistung befugt sei. Die Einrede löst sich einfach dahin auf, daß Kläger sein Recht nicht schlechthin und ohne Gegenleistung ausüben dürfe.

Die Natur der Retentionseinrede ist ebenso zu denken, wie die einer Einrede aus einem die Ausübung des Forderungsrechts bis zum Erfolgen der Gegenleistung hinausschiebenden pactum de non petendo, also aus einem pactum des Inhalts: ut non aliter ex empto petas quam si mihi pretium solidum solveris (l. 31 D. cit.) oder ne agas ex empto, si non pretium totum mihi offeras (l. 57 D. cit, l. 13 § 8 D. cit.).

Kann aber die Geltendmachung und Ausübung des Klagerechts bis zur Gegenleistung durch pactum beschränkt werden, warum nicht kraft des synallagmatischen Princips und der dieses anerkennenden aequitas von Rechtswegen?

Hiermit löst sich von selbst die Frage nach der Beweislast. Zur Zurückweisung der Klage genügt dem Beklagten schon der Umstand, daß er nicht leisten braucht, bevor gegengeleistet ist. Sein Einwand ist wesentlich ein Rechtseinwand und kann gar nicht in Frage kommen, daß er den Fortbestand seines einmal begründeten Retentionsrechts, also die Negative: das bisherige Nichterfolgen der Gegenleistung zu beweisen hat. Der Einwand selbst bedarf keines weiteren Beweises, da seine Begründung aus dem Vorhandensein des zweiseitigen Vertrages, auf welchen sich der Kläger stützt, sich von selbst ergiebt, sofern nach der Art des zu Grunde liegenden Vertrages ein Retentionsrecht überhaupt Statt findet. Kläger kann der Einrede, abgesehen von dem Fall einer vertrags- oder gesetzmäßigen Ausschließung derselben, nur dadurch begegnen, daß er das Erfolgtsein der Gegenleistung darthut oder die Gegenleistung effectiv anbietet. Daß in der einen oder anderen Weise das Retentionsrecht beseitigt ist, bildet den Inhalt seiner Replik und ist von ihm zu erweisen. Die Beweislast des Klägers ist somit keine Besonderheit, sondern entspricht der allgemeinen Regel. Der Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung der Einrede und derjenigen, welche in derselben die Geltendmachung der Gegenverpflichtung sieht, äußert sich noch in Folgendem. Nach letzterer würde die Gegenbehauptung des Klägers, daß die Gegenforderung getilgt oder sonst erledigt sei, nicht eine eigentliche Replik, sondern ein qualificirtes Bestreiten der Einrede sein, während sie nach jener den Inhalt einer wahren Replik bildet, da der Rechtsbehelf: daß man erst leisten brauche, wenn die Gegenleistung erfolgt, ebenso wie ein entsprechendes pactum de non petendo durch die Thatsache, daß die Gegenleistung erfolgt ist, nicht ipso jure zusammenfällt, sondern trotzdem seine Wahrheit behält und nur durch ein selbständiges, auf jene Thatsache sich stützendes Vertheidigungsmittel elidirt werden kann.[1])

Die Retentionseinrede beruht hiernach auf dem Gedanken: Man kann nicht die Leistung verlangen, wenn man nicht gegenleistet; sie ist

---

[1]) cfr. l. 27 § 2 D. de pact. 2, 14: et ideo replicatione exceptio elidetur. Aehnlich verhält es sich mit dem beneficium ordinis s. excussionis (Nov. 4 c. 1), welches nach richtiger Ansicht eine wahre exceptio ist (Windscheid, Pand. § 478 Note 1), so daß Abwesenheit und Insolvenz des Hauptschuldners, ebenso wie Verzicht, Inhalt der Replik sind.

die Verneinung, daß für die Geltendmachung des Forderungsrechts der zureichende Grund gegeben ist. Nach der principiellen Grundlage, die ihr hiermit gegeben wird, muß sie ferner ausnahmelos durchgreifen. Denn, wenn es richtig ist, daß sie aus dem Grund und Wesen des zweiseitigen Contracts folgt, so kann sie bei keiner Art des zweiseitigen Contracts verleugnet werden. Sie muß insbesondere Platz greifen bei der Miethe ebensowohl wie beim Kauf. Es wäre eine lahme Theorie, welche für die Miethe eine Ausnahme von der Regel statuiren müßte! In der That kann auch der Vermiether nur Leistung verlangen, wenn er gegenleistet. Seine Leistung aber ist eine zeiterfüllende, d. i. sie ist vollzogen vollständig erst mit Aushaltung der bestimmten Zeit. Bevor er aber nicht vollständig geleistet, kann er auch nicht die volle Gegenleistung verlangen. Freilich wenn seine Leistung theilbar, wäre für jeden Zeitmoment derselben auch ein entsprechender Theil der Gegenleistung fällig. Allein die Einforderung der Gegenleistung nach den einzelnen Momenten ist praktisch undurchführbar. Er muß sich daher bescheiden, nach angemessenen Zeitabschnitten, schlimmsten Falls nach vollständiger Leistung mit dem Ablauf der bestimmten Zeit die Gegenleistung einzufordern. Die letztere Möglichkeit ist die ausschließliche bei zeiterfüllenden untheilbaren Leistungen. Die consequente Anwendung unseres Princips führt daher bei der eigenartigen Natur der Leistung des Vermiethers zur gänzlichen oder theilweisen Vorleistung desselben und Nachleistung des Miethers. Es mußte sich daher aus der Natur der Sache der Satz entwickeln, daß der Miether erst nach gewährtem Gebrauch den Zins zu zahlen hat. Es darf deßhalb aber auch nicht als Regel aufgestellt werden, daß „bei synallagmatischen Contracten die Leistung Zug um Zug" zu geschehen habe. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Leistung durch einen momentanen Akt vollziehbar ist oder nicht. In dem einen wie dem anderen Falle gilt ein und dasselbe Princip: das Princip der gegenseitigen Causalbeziehung und es ist nur der äußere Erfolg je nach der verschiedenartigen Natur der Leistung ein verschiedener. Wo gleichzeitige Vornahme der Leistungen möglich, muß sie dem Princip gemäß erfolgen. Denn es handelt sich hierbei um Nichts Anderes, als daß Grund und Folge unmittelbar nebeneinandergerückt sind, während da, wo jene nicht möglich, also Seitens des einen oder anderen Theils vorgeleistet werden muß, einfach, wie so häufig, der Grund der Folge vorangeht. Daß die Anwendung des Princips bei Verschiedenartigkeit der Leistung einen verschiedenartigen Erfolg hervorbringt, hat Nichts Auffallendes, da auch das physische Causalgesetz unter verschiedenen Bedingungen verschieden wirken kann. Die Unausführbarkeit einer Zug- um Zugleistung und die Unzuträglichkeiten einer Zerspaltung von Leistung und Gegenleistung nach einzelnen kleinsten Zeittheilen nöthigen zu einer angemessenen Regelung der Ausgleichung. Hierfür sind lediglich praktische Erwägungen und Billigkeitsrücksichten maßgebend. Im Allgemeinen empfiehlt sich periodische Ausgleichung, z. B. nach Miethsoder Pachtperioden. In einzelnen Fällen erscheint bald Postnumeration (z. B. bei Waarentransporten), bald Pränumeration (z. B. bei Personen-

transporten, Schauspielen, öffentlichen Ausstellungen und Aufführungen) angemessen. Die Verkehrsübung liefert hier meistens genügenden Anhalt.

4. Im Einzelnen sind folgende Fälle hervorzuheben:

a. Gänzliche Nichtleistung liegt nicht bloß da vor, wo der Kläger überhaupt noch Nichts auf den Contract geleistet hat, sondern auch da, wo er zwar Etwas geleistet hat, aber das Geleistete nur den Schein der Contractsleistung (z. B. Lieferung amortisirter Actien statt validirender Actien) oder ein aliud darstellt. Insbesondere gehören bei generischen Leistungen (genus, Quantitäten) die vorbestimmten Merkmale und vorbedungenen Eigenschaften (z. B. ein gutes schmuckes Reitpferd, 100 Centner schottisches Roheisen Nr. 1, ein Concertflügel aus der Fabrik von G. & H. zum Preise von 3000 Mark) zum Wesen des Objects und bedeutet deren Mangel ein aliud. Es wäre unrichtig, hier von Mangelhaftigkeit des Contractsgegenstandes zu reden.

Ebenso ist es ein aliud, wenn eine Arbeit oder ein Werk nicht dem bestimmten Zweck entspricht oder nicht in der projectirten Art hergestellt ist oder ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften fehlen. Arbeit und Werk individualisiren sich erst mit ihrer Vollendung und lassen sich im Voraus nur durch mehr oder weniger bestimmte Merkmale charakterisiren; sie sind insofern generische Leistungen.

Der völligen Nichtleistung steht es gleich, wenn mehre Gegenstände zu leisten sind, dieselben aber nach dem Sinne des Contracts ein einheitliches, zusammengehöriges Ganze bilden und einer derselben nicht gewährt wird (z. B. Leistung eines Viergespannes von gleicher Race, Größe und Farbe) oder wo der eine Gegenstand der Hauptgegenstand ist und die übrigen nur seinetwillen in Betracht kommen, der Hauptgegenstand aber nicht gewährt wird (z. B. wenn der Vertrag auf Uebertragung einer Schank- oder Apothekergerechtigkeit und daneben auf Hergabe der zur Ausübung derselben erforderlichen Lokalitäten geht). Die Gewährung der Nebengegenstände ohne den Hauptgegenstand kann hier auch nicht als Theilerfüllung gelten. Die Einrede wirkt in allen diesen Fällen gänzliche Abweisung zur Zeit.

b. Unvollständige Leistung liegt vor bei Quantitätsmängeln oder beim Fehlen einzelner wesentlicher oder accessorischer Bestandtheile.

Bei einem Werk können nicht bloß fehlende Arbeiten, sondern auch Mängel an den bereits ausgeführten Arbeiten den Vorwurf der Unvollständigkeit begründen, insofern die Mangelhaftigkeit des Werks bei dem genus-Charakter desselben die Vollendung des contractmäßigen Ganzen hindert.

Unvollständigkeit der Leistung berechtigt zur Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theils der Gegenleistung. Wenn der Kläger trotz der Unvollständigkeit seiner Leistung die volle Gegenleistung einfordert, so genügt zur Substantiirung der Einrede die Angabe, daß und inwiefern die Leistung unvollständig, keineswegs aber die weitere Angabe oder gar der Beweis, was

zur Ergänzung und contractmäßigen Herstellung annoch erforderlich und wie hoch sich die diesfälligen Kosten belaufen.

Es ist nicht Sache des Excipienten, dem Kläger darzuthun, um welchen Betrag sich seine Forderung mindere, sondern Sache des Klägers, darzuthun, wieviel trotz der unvollständigen Leistung seine Forderung noch beträgt. In der Praxis wird in dieser Hinsicht vielfach gefehlt. Durch das unbillige, rücksichtslose Vorgehen des Klägers, trotzdem er unvollständig geleistet, den ganzen Contractspreis einzufordern, kann die Lage des Beklagten nicht verschlechtert werden.

Die regelmäßige Beweislast in allen obigen Fällen kann alterirt werden durch ausdrückliche oder stillschweigende Billigung der dargebotenen Leistung. Billigung ist an und für sich nur die Abgabe des Urtheils: daß die Leistung richtige und vollständige Erfüllung sei, und begründet hierfür eine praesumptio facti, welche dem Excipienten solange entgegensteht, bis er sie durch Gegenbeweis entkräftet. Hierbei ist Nachweis eines ihm etwa untergelaufenen Irrthums nicht erforderlich, da in der Billigung an sich nur ein Urtheil, aber weder das Zugeständniß einer Thatsache noch ein Rechtsverzicht liegt. Eine stillschweigende Billigung und Genehmigung kann in der vorbehaltlosen Empfangnahme, im Behalten, Verbrauch oder Weiterversenden des gelieferten Gegenstands gefunden werden.

Unter Umständen kann die Billigung einen Verzicht auf die Einrede bedeuten, also den Willen, die Leistung als Contractserfüllung anzunehmen, obwohl sie es thatsächlich nicht ist, so z. B. bei einem aliud. Der Verzicht auf die Einrede, daß das Geleistete seiner Art nach nicht Contractserfüllung ist, schließt nicht die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Fehlerhaftigkeit und Mängel aus, vielmehr sind diese so zu vertreten, wie wenn das Geleistete eigentlicher Contractsgegenstand gewesen wäre.

§ 64. Preisminderungsrecht (exceptio non rite adimpleti contractus, actio quanti minoris).

Das Preisminderungsrecht setzt voraus, daß am Contractsgegenstand zugesagte Eigenschaften fehlen oder Mängel vorhanden sind. Hierauf ist zu beziehen die sog. exceptio non rite adimpleti contractus. Die Streitfrage, ob es eine von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages wesentlich verschiedene Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages giebt, ist bei gehöriger Begrenzung der letzteren entschieden zu bejahen. Denn ihrem Begriffe nach kann letztere nicht besagen, daß die Contractsleistung überhaupt noch nicht erfolgt sei, sondern sie setzt im Gegentheil voraus, daß die Contractsleistung bereits geschehen, aber der Contractsgegenstand mangelhaft ist oder der zugesagten Eigenschaften entbehrt. Auf einer ungenauen Fassung derselben beruht es, wenn man von zweierlei Zwecken spricht, die mit ihr erreicht werden sollen, indem es darauf ankommen soll, ob nur „Rückbehaltung der eigenen Leistung bis zur gehörigen Erfüllung von Seiten des Klägers bezweckt wird", wie z. B. bei unvoll-

ständiger Quantität oder bei Leistung eines anderen als des contractlich bestimmten genus oder ob Aufhebung des Vertrages oder Entschädigung verlangt wird, wie z. B. „wenn bei der übergebenen Sache vorbedungene Eigenschaften fehlen oder heimliche Mängel vorhanden sind" (so z. B. Vangerow, Pand. § 607, IV) oder man „auf Grund der mangelhaften Erfüllung einen selbständigen Anspruch erhebt (Förster, Preuß. Privatr. I § 83). Hiermit wird nicht der richtige Punkt getroffen. Nur auf Mängel an dem geleisteten Contractsgegenstand geht die Einrede, und kann ihr wohl die letztere, nicht aber die erstere jener beiden Alternativen unterfallen.

Allein, wenn es auch vollkommen richtig ist, daß den Excipienten die Beweislast trifft, „wenn seine Einwendungen gegen die Beschaffenheit der ihm gemachten Leistung nicht sowohl ein Leugnen der Erfüllung als vielmehr ein Behaupten von Thatsachen enthalten, aus welchem ihm neue Ansprüche erwachsen" (Windscheid, Pand. § 321, 1) und in diesem Fall „die Einrede einen ganz anderen Charakter habe, auch das Petitum ein ganz anderes sei, als bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages" (Dernburg, Pand. § 21 a. E.), so ist doch damit noch nicht die Frage erledigt, worauf diese Charakterverschiedenheit beruht und warum in dem Einwenden von Fehlern und Mängeln der zugesagten Eigenschaften nicht ein Leugnen der Erfüllung zu finden ist, ebenso wie beim Genuskauf Fehlerhaftigkeit, unter Umständen wenigstens, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet?

Es verhält sich damit folgendermaßen:

Nach abstracter Rechtsconsequenz ist eine Verpflichtung mit Leistung ihres Gegenstandes erfüllt. Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist kein Raum mehr, wenn Das geleistet ist, worauf der Vertrag gerichtet war. Ging also der Vertrag schlechthin auf Leistung einer individuellen Sache, und ist diese geleistet, so kann etwaige Mangelhaftigkeit derselben die Thatsache, daß der Vertrag erfüllt ist, nicht in Frage stellen.

Soll wegen Mangelhaftigkeit der Sache eine Einrede zustehen, so läßt sich diese auf den Umstand allein, daß die Sache Gegenstand des Vertrages war, nicht stützen, sondern verlangt einen besonderen, selbständigen Grund. Dies war von vornherein der Standpunkt des römischen Civilrechts: der Verkäufer haftete, abgesehen von dem Falle, wo er die Abwesenheit des Mangels versprochen hatte, nur für dolus, d. i. doloses Unterlassen der Mängelanzeige. Das ädilicische Edict ging hierüber insofern hinaus, als es die Vertretungspflicht des Verkäufers auch für den Fall des culposen Unterbleibens der Mängelanzeige ausdehnte, und zwar aus zwingenden Billigkeitsrücksichten: Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus, venditorem etiam si ignoraverit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum. potuit enim ea nota habere venditor: neque enim

interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1. Principiell hielten also auch die Aedilen daran fest, daß die Vertretungspflicht des Verkäufers nicht schon aus dem Contractsschluß an sich folge, sondern eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedürfe und wichen vom Civilrecht nur darin ab, daß sie die Gründe der Vertretungspflicht erweiterten.

Beruht aber die Vertretungspflicht wegen Mängel ebenso wie die wegen versprochener Eigenschaften auf einem selbständigen Grunde neben der contractlichen Leistungspflicht, so leuchtet ein, daß sie auch den Gegenstand einer selbständigen Klage und Einrede abgeben muß. Hierbei mag darauf hingewiesen werden[1]), daß die Zusage einer Eigenschaft für ein bestimmtes Sachindividuum, wenn diese Eigenschaft fehlt, nicht immer auf „Etwas Unmögliches" gehen und sich nicht nothwendig in ein Versprechen zur Schadloshaltung auflösen braucht, da es Eigenschaften giebt, die nachgewährt werden können (z. B. die einem Thier beizubringende Fertigkeit und Eigenschaft), so daß also dieserhalb die Erfüllungsklage Platz greift.[2])

Im ädilicischen Edikt kommt der allgemeine Gedanke zum Durchbruch, daß die Redlichkeit im Verkehr gewahrt werden müsse. Redlicherweise muß der Verkäufer dem Käufer die Mängel der Sache anzeigen, und zwar nicht bloß diejenigen, die ihm bekannt waren, sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein konnten und mußten. Die ursprüngliche Beschränkung des Edikts auf Sclaven- und Viehkäufe hängt offenbar mit dem beschränkten Umfang der ädilicischen Jurisdiktion zusammen, während der innere Grund desselben über diese Grenzen weit hinausreicht, so daß die Jurisprudenz die Grundsätze desselben anstandslos nicht blos auf alle Arten des Kaufs ausdehnen, sondern sich auch die Frage vorlegen konnte, ob nicht eine weitere Ausdehnung, insbesondere auf die Miethe geboten sei? l. 63 D. de aed. ed. 21, 1: — Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. Haec tamen ratio redditur: vel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt (Ulp.). Wie man sieht, suchte man sich die Nichtgeltung des Edikts für die Miethe in verschiedener Weise zurechtzulegen. Die vagen Schlußworte scheinen andeuten zu wollen, daß das Bedürfniß besonderer Rechtsmittel wegen Mängel bei der Miethe nicht in gleichem Maße, wie beim Kauf, Bedürfniß sei, und dies ist richtig: da schon das Civilrecht dem Miether hinreichenden Schutz gewährte und vielleicht gerade unter dem Einfluß des ädilicischen Rechts das Recht der Miethe in diesem Sinne ausgebildet worden ist. Fehlerhaftigkeit und daraus resultirende Unbrauchbarkeit der Miethssache beseitigt den Anspruch auf die Gegenleistung und berechtigt den Miether zum Rücktritt, ohne Rücksicht auf das Wissen des Vermiethers.

---

[1]) gegenüber Windscheid § 321 Note 7 und l. 31 D. evict. 21, 2.

[2]) vgl. § 325 I 5 A. L. R.

Letzteres kommt nur für den etwaigen Schadensersatz in Betracht. Hierüber verhält sich l. 19 § 1 D. loc. 19, 2: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest. nec ignorantia ejus erit excusata. et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur. hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti. si ignorasti, pensionem non petes. Et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit (Ulp.). Der Hinweis auf die Unbrauchbarkeit der Miethssache ist nicht bloße Einrede der mangelnden Vorleistung. Durch die Gewährung der Miethssache hat der Vermiether seiner Leistungspflicht an sich genügt; allein sein Miethsanspruch wird wegen der Unbrauchbarkeit der Sache kraft aequitas ausgeschlossen. In diesem Sinne versteht sich das: pensionem non petes. Dieser Satz hatte sich schon gegen Ende der Republik festgestellt. Das Rücktrittsrecht des Miethers wegen Mangelhaftigkeit der Sache bestätigt l. 25 § 2 D. loc. 19, 2: Si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino. Certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat (Gajus). Interesseforderung, Rücktritt und Abzug vom Miethszinse werden hier dem Miether freigestellt. Geringe Uebelstände dagegen berechtigen zu keinem Abzug von der Miethe arg. l. 27 pr. D. loc 19, 2. Wegen erheblicher Mängel war mithin der Miether kraft des Civilrechts befugt, die Gegenleistung zu mindern bezw. vom Vertrage zurückzutreten, wie kraft der ädilicischen Rechtsmittel der Käufer.

Das Preisminderungsrecht construirt sich in analoger Weise wie der Gewährleistungsanspruch aus einem Versprechen von Eigenschaften oder der Abwesenheit von Mängeln. Es beruht auf einer von Rechtswegen sich von selbst verstehenden Garantiepflicht, der die vertragsmäßig übernommene Garantiepflicht offenbar zum Vorbild und als Denkform dient. Die Einrede wegen Mängel ist peremptorisch, indem sie den Anspruch auf die Gegenleistung für immer (gänzlich oder theilweise) ausschließt.

Nicht die exceptio non adimpleti, sondern die exceptio non rite adimpleti contractus und ein wirklicher Gewährsanspruch ist für den Käufer begründet, wenn die Kaufsache nicht pfandfrei übergeben ist. Der Käufer kann diesen Mangel sowohl einwandsweise als klageweise geltend machen. Hierauf bezieht sich l. 5 C. de evict. 8, 44: Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris (Antoninus). Der Anspruch auf Gewährung der Pfandfreiheit versteht sich von Rechtswegen und hat dieselbe juristische Natur, wie wenn die Wegschaffung der Pfand-

rechte vertragsmäßig zugesichert wäre.[1]) Er besteht daher auch ganz unabhängig davon, ob die Entziehung der Sache in Folge des Pfandrechts droht oder nicht, und ist überhaupt nicht nach Analogie der Verpflichtung zur Eviktionsleistung[2]) zu beurtheilen. Der Eviktionsfall liegt erst vor, wenn in Folge der Hypothek dem Käufer die gekaufte Sache ganz oder theilweise entzogen worden ist.

Im Uebrigen kommt es für den Schadensersatz auf den Causalzusammenhang zwischen der nicht erfolgten Pfandbefreiung und der Entziehung an. Dieser Causalzusammenhang fehlt, wo der Käufer noch mit soviel Kaufgeld rückständig war, als die Schuld betrug, wegen welcher die Subhastation ausgebracht wurde, da er eben für die Befriedigung des andringenden Gläubigers Deckung hatte und jedenfalls seinerseits grobes Verschulden concurrirt, wenn er nicht für die Befriedigung des Gläubigers sorgte. Fehlte es ihm an den nöthigen Baarmitteln, so liegt das Verschulden darin, daß er den Kauf abschloß, ohne die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu haben und dem Verkäufer gerecht werden zu können. Letzterer wird somit hier durch die concurrirende Kulpa des Käufers von der Vertretungspflicht frei.[3])

Etwaige Beeinträchtigungen des Käufers in der Verfügung über die Sache in Folge der Pfandhaftung begründen ebenfalls nur Gewährsansprüche gegen den Auctor, nicht aber den Vorwurf der nicht vollständigen Vorleistung, da der Leistungspflicht in Bezug auf den Contractsgegenstand durch die Uebertragung des letzteren genügt ist. Ebenso entstehen wirkliche Gewährleistungsansprüche, wenn „bei Erbpachts- und anderen ähnlichen Verträgen" ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften nicht während der ganzen Dauer des Pachtverhältnisses gewährt werden, und ist keineswegs lediglich „das Recht auf Erfüllung und immer fort-

---

[1]) Die richtige Auffassung findet sich schon in der Glosse zu l. 5 C. cit. ex empto] non ex causa evictionis. Die Emendation von Krüger in l. 5 cit.: id enim statt idem etiam ist unnöthig. cfr. l. 41 D. de act. empt. 19, 1: deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit: itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur. Die anscheinend widersprechende l. 5 C. cit. 8, 44 bezieht sich auf das Evictionsinteresse, welches selbstverständlich nicht vor der Eviction gefordert werden kann.

[2]) So auch das preuß. Ober-Tribunal, Entsch. 28 S. 156, welches richtig ausführt, daß der Käufer schon von Rechtswegen (§ 184 I 11 A. L. R.) die Wegschaffung der auf dem Grundstück haftenden, nicht ausdrücklich übernommenen Hypotheken verlangen kann. Diese Ausführung ist auch vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus zutreffend. Unnöthige Schwierigkeiten bezüglich der Frage nach der Natur dieses Anspruchs erhebt Koch, Commentar zu § 184 cit. Note 30.

[3]) Koch, zu § 184 I 11 A. L. R. Note 30, leitet die Befreiung des Verkäufers daraus ab, daß es an der wesentlichen Bedingung jeder Evictionsforderung, daß an dem Geber und nicht an dem Empfänger die Schuld liege, daß Letzterer sich der Sache nicht vertragsmäßig bedienen kann (§ 320 I 5 A. L. R.), hier fehle. Allein den Verkäufer trifft in dieser Beziehung gerade zunächst die Schuld und verdankt er seine Befreiung nur der concurrirenden Culpa des Käufers (vgl. § 321 I 5 A. L. R.).

gesetzte Vorleistung" der Rechtsgrund für die diesfälligen Ansprüche des Pächters.[1])

§ 65. Redhibitions- und Rücktrittsrecht.

1. Das Redhibitionsrecht beruht auf der Erwägung, daß der Käufer präsumtiv eine brauchbare, taugliche Sache erwerben will, und daher bei Mangelhaftigkeit der Sache, falls der Mangel den Gebrauch beeinträchtigt oder ihm die Abwesenheit desselben versprochen ist, oder beim Mangel zugesagter Eigenschaften der Zweck des Geschäfts (causa) für ihn vereitelt ist.[2])

Der Redhibitionsgrund kann klageweise (mittelst actio redhibitoria) oder einwandsweise (mittelst exceptio redhibitionis, l. 5 § 4 D. exc. dol. 44, 4, l. 59 pr. D. aed. ed. 21, 1, l. 14 D. exc. 44, 1) geltend gemacht werden. Die exc. redhibitionis ist jedoch keineswegs eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Ebensowenig steht die exc. evictionis „der Einrede der nicht erfolgten Tradition, exc. mercis non traditae" gleich[3]), da sie auf einem selbständigen Rechtsgrunde beruht. Ebensowenig ist sie eine exc. non rite adimpleti contractus, da sie nicht schon durch den thatsächlichen Rechtsmangel, sondern erst durch die Thatsache, daß die Eviction erfolgt ist oder droht[4]), begründet wird. Falls der Verkäufer in dolo versirte, begründet der Rechtsmangel schon vorweg die Interesseforderung für den Käufer.[5])

2. Von den sonstigen gesetzlichen Rücktrittsrechten kommen hier diejenigen in Betracht, denen ein den Zweck des Geschäfts für die eine Partei vereitelndes Verhalten der Gegenpartei zu Grunde liegt. So kann der Pächter oder Miether zurücktreten bei erheblicher Verzögerung der Uebergabe der Pacht- oder Miethsache l. 24 § 4 D. loc. 19, 2: Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest (Paulus) l. 60 pr. D. eod.: Itaque si

---

[1]) Conform hiermit ist die Judikatur des preuß. Ober-Trib. zu § 318 I 5 A. L. R. (Entsch. 4 S. 29, 14 S. 265, Instandhaltungspflicht) und beruht die Opposition Koch's, Commentar l. c. Anm. 20 auf einer Verwechslung der exc. non adimpleti contr. mit der exc. non rite adimpl. contr. bezw. mit der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Gewährspflicht für Eigenschaften und Mängel.

Ebenso unrichtig auch die Qualificirung der Vertretungspflicht bei Ansprüchen Dritter zu § 136 I 11 A. L. R. Note 89: „Dann hat der Verkäufer nicht gehörig erfüllt und der Käufer kann actione empti vollständige Erfüllung fordern (Tit. 5 § 318)", wogegen im Uebrigen diese Anmerkung Zutreffendes enthält.

[2]) l. 1 § 8 D. aed. ed. 21, 1: si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, l. 10 pr. D. eod.; l. 6 § 4, l. 13 § 3 D. act. emt. 19, 1, l. 17 § 20, l. 18 pr., l. 38 § 10, l. 52 D. aed. ed. 21, 1.

[3]) wie Bekker, Aktionen I S. 373 annimmt.

[4]) Die exc. imminentis evictionis, l. 18 § 1 D. de peric. 18, 6, l. 24 C. de evict. 8, 45, wirkt dilatorisch und berechtigt zur Retention des Kaufpreises, bis Sicherstellung erfolgt. cfr. jedoch fr. Vat. § 12.

[5]) l. 30 § 1 D. act. emt. 19, 1. cfr. l. 9, l. 41 § 1 D. ev. 21, 2.

domus ex Kalendis Januariis fulta in Kalendis Juniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum: adeo ut nec cogi quidem posset, ex Kalendis Juniis refecta domo habitare, nisi si paratus fuisset locator, commodam domum ei ad habitandum dare (Labeo post. lib. 5), ferner, wenn für ihn mit der Fortsetzung des Mieths- oder Pachtverhältnisses eine Gefahr verbunden ist, l. 27 § 1, l. 13 § 7 D. eod. Andererseits ist der Vermiether zum Rücktritt berechtigt, wenn der Miether die Sache mißbraucht, oder zwei Jahre mit der Miethe im Rückstande bleibt, l. 54 § 1, l. 56 D. eod. l. 3 C. loc. 4, 65 cfr. c. 3 X loc. 3, 18. Ebenso ist der Socius zum Rücktritt befugt, wenn ihm die Vortheile vorenthalten werden, um deren willen er die Societät einging, l. 14 D. pro soc. 17, 2: nec tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur vel (l. 15 eod.) quod ea re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta sit, oder wegen unleidlichen und schädigenden Verfahrens des anderen Socius l. 14 D. eod. 17, 2: si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati.

Als letzter Ausläufer des Billigkeitsprincips erscheint das Rescissionsrecht des Verkäufers wegen laesio enormis, dessen Ausdehnung auf den Käufer principgemäß ist.

Ein Rückforderungsrecht ex capite poenitentiae und ex capite causae non secutae d. h. wegen bloßer Verzögerung der Gegenleistung ist bei zweiseitigen Verträgen von selbst ausgeschlossen, weil für den Leistenden eine Verbindlichkeit bestand. Exceptioneller Natur ist das Rücktrittsrecht des Verkäufers und Käufers bei Verzug nach Art. 354, 355 des D. H. G. B's.

§ 66. Wegfall der Gegenleistung bei Wegfall der Leistung.

Aus dem synallagmatischen Princip folgt: Wo die Leistung nicht erfolgen kann, muß die Pflicht zur Gegenleistung cessiren.

Dies gilt zunächst von den Fällen objectiver Unmöglichkeit der Leistung. Das Periculum des Käufers beweist nicht hiegegen, da es auf einem besonderen Rechtssatz, nicht aber auf der Natur des synallagmatischen Verhältnisses beruht, diesem gegenüber vielmehr dieselbe Bedeutung hat, wie die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr. Bedarf es aber zur Ausschließung der Folge des synallagmatischen Princips beim Kauf einer besonderen rechtlichen, bei anderen Verträgen einer besonderen vertragsmäßigen Festsetzung, so zeigt sich hieran, daß an sich jene Folge Platz greift.

Dies ergeben ferner die Fälle der sog. subjectiven Unmöglichkeit. Um eine solche handelt es sich in l. 33 D. loc. 19, 2: Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque prius

quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto: Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto (Africanus).

Die zahlreichen Erklärungsversuche bezüglich dieser Stelle[1]) scheitern durchweg daran, daß sie eine objective Unmöglichkeit unterstellen, sei es, daß noch ein Unterschied zwischen rechtlicher und thatsächlicher Unmöglichkeit gemacht wird oder nicht.[2])

Die Einziehung (publicatio) der Kauf- oder Pachtsache bewirkt keine objective Unmöglichkeit der Leistung, da die Sache dadurch nicht eine res extra commercium wird und dem Verkäufer die Möglichkeit bleibt, sie zurückzuerwerben und seinem Käufer zu tradiren. Ebensowenig liegt in dem des Weiteren in der Stelle zur Vergleichung gezogenen Falle einer gewaltsamen Störung der Pachtnutzung eine objective Unmöglichkeit vor, vielmehr liegt, wenn der Verpächter nicht im Stande ist, die Gewalt abzuwenden, dies lediglich in seinen subjectiven Verhältnissen und stehen vielleicht einem Anderen die zur Ueberwindung des Hindernisses nöthigen Kräfte zu Gebote. Die Gewährung der Pacht ist an sich trotz der Invasion immerhin noch möglich.

Nach der bona fides genügt aber schon eine unverschuldete subjective Unmöglichkeit zur Befreiung von der Leistung.[3]) Es ist dies nur eine freie Anwendung der clausula rebus sic stantibus, wovon bei bonae fidei-Contracten zahlreiche Beispiele begegnen.

Africanus referirt nun im Anfang der Stelle eine ältere, strenge Meinung, welche trotz der Publication der Kauf- oder Pachtsache auf Contractserfüllung und eventuell volle Interesseleistung bestand, und offenbar eine überwundene Stufe in der Entwickelung des bona-fides-Princips bezeichnet. Die gereifte Auffassung der späteren, an eine bereits von Servius gemachte Unterscheidung (l. 35 pr. D. eod. 19, 2) anknüpfenden Jurisprudenz mußte in dem fraglichen Fall ein Rückgängigwerden des Vertrags in Folge Veränderung der Umstände annehmen, was von selbst zu der von Africanus gezogenen Consequenz führt, daß, wie der Verkäufer und Verpächter von der Leistung befreit wird, so auch der Grund für die Gegenleistung fortfällt und Käufer und Pächter den gezahlten Kauf- bezw. Miethspreis zurückerhalten. Die hierauf nunmehr sich richtende actio ex empto und ex conducto ver-

[1]) S. hierüber Hartmann, juristischer Casus S. 13—23, 26, dessen eigene Interpretation freilich ebenfalls nicht befriedigt.

[2]) So will Hartmann, a. a. O. S. 23, 81 zwischen „juristischem" oder „bloß thatsächlichem" Casus unterscheiden.

[3]) l. 35 pr. D. loc. 19, 2: intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxit, non de eo qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat (Africanus).

tritt lediglich die condictio sine causa. Das Tragen der Gefahr spielt gar nicht in den Fall der l. 33 cit. hinein.[1])

Eine fernere Folge des Princips wird in l. 50 D. act. emt. 19, 1 (oben S. 314) ausgesprochen. Nach der bona fides ist, wenn der Käufer „beneficio legis", also wider die Absicht des Vertrages, von der Zahlung des Kaufpreises befreit ist, auch der Verkäufer von der Vertragserfüllung zu befreien, und falls er bereits erfüllt hat, zur Rücknahme der Sache befugt.[2]) Ob der Wegfall der Verpflichtung des Käufers vor oder nach der Uebergabe erfolgt ist, kann sachlich keinen Unterschied machen. Das Princip greift auch im letzteren Falle durch.[3]) Zur Ausschließung der Folgen desselben bedarf es besonderer Festsetzung. — Erlaß und Acceptilation betreffs der Gegenleistung lassen an sich das Recht auf die Leistung unberührt, sind jedoch im Zweifel principmäßig als gänzliches Abgehen vom Vertrage zu verstehen.[4])

§ 67. Die sog. hinkenden Verträge.

Ein synallagmatisches Geschäft ist ein sog. hinkendes, wenn es nur für die eine Seite verbindlich ist. Die Verpflichtung der einen Partei entsteht unabhängig von der Entstehung der Verpflichtung der Gegenpartei. Sie ist existent und völlig perfect, trotzdem für die andere Partei eine Verpflichtung nicht entsteht. Die Ansicht von der nothwendigen Zweiseitigkeit des synallagmatischen Vertrages, insonderheit des Kaufs, und der objectiven gegenseitigen Bedingtheit von Forderung und Gegenforderung (Mommsen, Beiträge III S. 416, Bechmann, Kauf I S. 540, 542, II S. 180) läßt sich den Quellenaussprüchen gegenüber nicht aufrechterhalten, auch aus der Natur der Sache nicht rechtfertigen.

Vom Pupillencontract heißt es in voller Allgemeinheit im pr. J. de auct. tut. 1, 21: . . . in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem

---

[1]) Nach Analogie dieses Falles würde auch der Fall der l. 11 pr. D. evict. 21, 2 zu entscheiden sein, wenn die Entziehung der Kaufgrundstücke vor der Uebergabe geschehen wäre.

[2]) Dies ergiebt trotz seiner Lücken der Schlußsatz der l. 50 D. cit. 19, 1: Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret: utpote cum petenti eam rem (emptor exceptionem rei venditae et traditae objiciat. at [vulgo: ut] perinde habendum est [vulgo: habeatur] (ac si) petitor ei neque vendidisset neque tradidisset (Labeo). Die Emendation Mommsen's im gegentheiligen Sinne (nec perinde sit) ist unhaltbar. Richtig: Bechmann, Kauf I S. 600, Puntschart, fund. R.-Verh. S. 198.

[3]) Windscheid, Pand. § 321 zu Anm. 20 will wegen des Schlußsatzes der l. 50 D. cit. von einem einheitlichen Princip absehen.

[4]) l. 23 D. accept. 46, 4, l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5, l. 56 D. de pact. 2, 14: si convenerit, ne dominus a colono quid peteret et justa causa conventionis fuerit: nihilo minus colonus a domino petere potest. l. 16 D. de lib. leg. 34, 3, l. 5 D. loc. 19, 2.

qui cum his (sc. pupillis) contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur. cfr. l. 1 § 2 D. comm. 13, 6.

Damit stimmen überein l. 5 § 1 D. auct. 26, 8: Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo nisi in quantum locupletior factus est (Ulp.), l. 7 § 1 D de resc. vend. 18, 5: ... quamvis venditor jam ei obligatus fuit, tamen quia pupillus non tenebatur ... (Paulus), l. 13 § 29 D act. emt. 19, 1: Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat (Ulp.).

Ebenso wird eine einseitige Verpflichtung aus dem Kauf einer res furtiva bei Wissen des Käufers anerkannt, l 34 § 3 D. contr. emt. 18, 1: .. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet (Paulus).

Endlich wurde der Herr aus dem von seinem Sclaven geschlossenen Kauf zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, l. 31 § 1 D. reb. cred. 12, 1, l. 57 pr. D. aed. ed. 21, 1.

Es ist ein vergebliches Bemühen, diesen unzweideutigen Aussprüchen gegenüber die angebliche Einheit des Geschäfts einerseits durch die Annahme einer sog. relativen Nichtigkeit[1]), richtiger: Pendenz der Gültigkeit bis zur Entscheidung Seitens des nicht gebundenen Theils[2]), andererseits durch die Unterstellung einer Naturalobligation[3]) des letzteren festhalten zu wollen. Die Verpflichtung des einen Theils erscheint vorweg als eine entschieden gültige, während der andere Theil entschieden nicht verpflichtet ist. Die Naturalobligation aber ist keineswegs eine nur minder stark ausgebildete Civilobligation, eine Civilobligation niederer Ordnung, sondern civilrechtlich überhaupt keine Obligation, vielmehr ein rein thatsächliches Verhältniß, dessen Bedeutung ebenfalls nur factischer Natur ist und darin aufgeht, Voraussetzung einer rechtlichen causa, Voraussetzung von Zahlung, Novation, Bürgschaft und Pfandbestellung u. s. w. zu sein und das nur hinsichtlich dieser factischen Funktion einer Civilobligation im Allgemeinen für gleichwerthig erachtet wird.[4]) Die Unterstellung der Naturalobligation kann somit über den Mangel einer wirklichen Obligation

---

[1]) So Mommsen, Beiträge III S. 419 in Anschluß an die Ansichten von Savigny, Syst. 4 S. 541, Puchta, Pand. § 232.

[2]) Die Ansicht, daß durch die Geltendmachung des dem nicht gebundenen Theil erwachsenen Forderungsrechts bezw. unter Mitwirkung des Vormundes der Vertrag auch zu Gunsten des anderen Theils vollwirksam wird (so z. B. Puntschart, fund. R.-Verh. S. 180, 186), ist unzutreffend, da in der Geltendmachung des Rechts nicht nothwendig der Consens zur Entstehung der Gegenverpflichtung liegt, wie bereits von Köppen, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 11 zu Note 391 richtig bemerkt ist.

[3]) Die Annahme einer Naturalobligation ist besonders von Brandis, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. 7 S. 133 S. 133 flgd., Vangerow I S. 518 flgd. und neuerdings von Bechmann, Kauf II S. 185—211 vertreten worden.

[4]) S. oben S. 26, 28.

auf der einen Seite nicht hinweghelfen. In den angeführten Quellenaussprüchen wird denn auch nicht entfernt auf das etwaige Vorhandensein einer Naturalobligation Gewicht gelegt. Es bleibt lediglich die nackte Thatsache einer einseitigen Verpflichtung trotz des synallagmatischen Geschäfts bestehen.

Wenn es schon richtig ist, daß ein nur einseitig gültiges Geschäft kein gültiges zweiseitiges ist und kein zweiseitiges Schuldverhältniß hervorbringt, so ist doch dadurch nicht ausgeschlossen, daß es einseitig wirksam sein kann. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen zu einer gültigen Verpflichtung auf der einen Seite vorliegen, muß für diese auch eine solche entstehen. Es entspricht daher einfach den allgemeinen Grundsätzen von der Begründung von Verpflichtungen, wenn der Gegencontrahent des Pupillen oder Sclaven, falls auf seiner Seite kein Hinderungsgrund vorliegt, durch den Vertrag gebunden wird. Daß bei einem zweiseitigen Geschäft die Entstehung der Gegenverpflichtung stillschweigende oder gesetzliche Bedingung der eigenen Verpflichtung ist, läßt sich nicht behaupten.

Bei dem Verkauf einer res furtiva cessirt der positiv-rechtliche Hinderungsgrund zu Gunsten des gutgläubigen Verkäufers gegenüber dem Dolus des Käufers, so daß dieser verpflichtet wird.

Was nun die

Wirkung der einseitigen Verpflichtung aus einem synallagmatischen Geschäft

anlangt, so steht zunächst soviel fest, daß die Erfüllung nicht verlangt werden kann ohne Erbieten der obschon ungültigerweise zugesagten Gegenleistung, l. 7 § 1 D. resc. vend. 18, 5: ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant, l. 34 § 3 D. contr. emt. 18, 1, l. 57 pr. D. aed. ed. 21, 1: nam et si ex emto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur, l. 31 § 1 D. reb. cred. 12, 1. cfr. l. 31 § 8 D. aed. ed. 21, 1, l. 38 § 1 D. pec. 15, 1, l. 9 pr. D. de comp. 16, 2.

Die Erklärung dieser Wirkung hängt von der Auffassung über die Natur der synallagmatischen Verpflichtung überhaupt ab. Nach dem Obigen liegt sie darin, daß die Verpflichtung eingegangen wird um der Gegenleistung willen. Das Ermangeln der Gegenleistung berechtigt zur Retention kraft der bona fides.[1]) Wenn geleistet ist, die Aussicht auf die Gegenleistung sich aber nicht erfüllt, kann — abgesehen von einer noch möglichen Vindikation — das Geleistete bezw. die Bereicherung mit der actio bonae fidei, welche hier als condictio sine causa fungirt, zurückgefordert werden, l. 5 § 1 D. de auct. 26, 8, cfr. l. 3 § 4 D. neg. gest. 3, 5: Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior; agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur (Ulp.).

---

[1]) Daß „die Gegenleistung auch ohne darauf gerichtete Obligation möglich ist", wird Niemand bezweifeln! Weßhalb man aber darum „wieder bei der Keller'schen Theorie anlangen" soll, wie Bechmann, Kauf II S. 181 meint, ist nicht erfindlich.

C. Neuere Gesetzgebung.

§ 68.

In den modernen Rechtsbüchern ist das synallagmatische Princip, wenn auch nicht einheitlich und in bewußter Weise durchgeführt, so doch in seinen hauptsächlichen Consequenzen anerkannt.

Der Code civil definirt zunächst den synallagmatischen Vertrag (contrat synallagmatique, bilatéral, art. 1102), spricht aber auch von gegenseitiger Verbindlichkeit (engagement réciproque, art. 1371). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist in art. 1612 cfr. 1602, 1603 zweifellos als wirkliche Exceptio gemeint. Verborgene Mängel berechtigen zur Preisminderung oder Redhibition, art. 1644. Sehr scharf tritt die Evictionsleistung als garantie de droit hervor, art. 1626. Die laesio enormis ist eigenthümlich als Verletzung um mehr als $^7/_{12}$ fixirt, begründet jedoch ein Rücktrittsrecht nur für den Verkäufer und zwar nur bei Immobilien, art. 1674, 1683. Folgenreich und nachahmungswerth ist das sich als stillschweigende Resolutivbedingung verstehende Rücktrittsrecht für den Fall ermangelnder Vertragserfüllung, art. 1184. Bei hinkenden Verträgen ist der verpflichtungsfähige Theil gebunden, ohne sich auf die Unfähigkeit des anderen Theils berufen zu können, art. 1125. Aehnlich Ital. C. G. B. art. 1529 (mehr als $^1/_2$) 1165, 1107.

Das Preuß. Landrecht verhält sich über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im § 271 I 5 folgendermaßen: „Wer die Erfüllung eines Vertrages fordert, muß nachweisen, daß er demselben von seiner Seite ein Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei.“ Hieraus folgt zunächst nur, daß die Behauptung oder das Erbieten der Erfüllung schon mit der Klage selbst geschehen muß, aber noch keineswegs, daß diese Behauptung und dieses Erbieten als Existenzbedingung des geltend gemachten Forderungsrechts selbst anzusehen wäre, vielmehr kann jene Vorschrift sehr wohl nur eine nothwendige Anticipation der Einrede bedeuten, so daß das Landrecht in der Streitfrage über die Natur der exc. non adimpl. c. einen Mittelweg eingeschlagen hätte.[1])

Ueber die Behandlung der exceptio non rite adimpleti contractus nach Landrecht sind Zweifel entstanden durch die Bestimmung des § 222 I 11: „Kommen aber Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an der Sache vor erfolgter Bezahlung des Kaufpreises zum Vorschein, so kann der Käufer einen verhältnißmäßigen Theil desselben zurückhalten, und gerichtlich niederlegen.“ Die schwankende Auslegung des Obertribunals hat sich durch den Plenarbeschl. v. 3. Juli 1854 (Pr. 2527) dahin festgestellt: daß der Käufer nicht zur Zurückhaltung oder Deposition eines verhältnißmäßigen Kaufgeldbetrages, sondern nur zur Zurückhaltung unter gleichzeitiger

---

[1]) Daraus, daß die Streitfrage schon zur Zeit der Abfassung des Landrechts aufgetaucht war, ist noch nicht mit Koch, Commentar zu § 271 I 5 A. L. R. Note 77, I zu folgern, daß die Redactoren sich der Lehre angeschlossen haben, welche außer dem Vertrage noch die Vertragserfüllung zur Existenz des Forderungsrechts verlangt.

Deposition befugt sein soll. Dieser Auslegung gegenüber muß die Tragweite der Bestimmung schärfer, als dies bisher geschehen, abgegrenzt werden. In einer späteren Entscheidung spricht bereits das Obertribunal aus, daß die Verpflichtung zur Deposition nicht eintrete, wo der Käufer in der Lage ist, seinen auf einen Geldbetrag zurückgeführten Evictionsanspruch sofort liquide zu machen,[1]) indem dann Compensation mit der Kaufgelderschuld erfolgt (Entsch. 39 S. 73). Hiermit ist aber noch nicht der Umfang der Bestimmung getroffen. Wie soll es zunächst auf die Liquidität des Gegenanspruchs ankommen, da er doch mit der Kaufgelderforderung aus demselben Geschäft entspringt? Ob der Einwand liquid ist oder nicht, muß hier völlig gleichgültig bleiben. Die Bestimmung bezieht sich vielmehr auf (physische wie juristische) Mängel, deren Vorhandensein noch nicht entschieden ist, vielmehr erst befürchtet wird: wie z. B. in dem Fall, wo an dem gekauften Vieh sich Krankheitserscheinungen zeigen, ohne daß sich übersehen läßt, ob es sich um ein vorübergehendes Leiden oder das Vorliegen eines Gewährsmangels handelt,[2]) oder wo Erscheinungen an einem Bau hervortreten, die einen Baufehler zwar wahrscheinlich machen, aber noch nicht bestimmt ergeben oder Befugnisse, die mit der verkauften Sache verbunden sein sollen, streitig gemacht werden. Die Bestimmung bezweckt offenbar eine Verallgemeinerung der exc. imminentis evictionis. Sie setzt, wie aus der anschließenden Vorschrift des § 223 I 11 erhellt, den Fall einer „bevorstehenden Vertretung" voraus, also eine Vertretung und Gewährleistung, zu welcher der Verkäufer nicht sofort herangezogen werden kann, weil die objectiven Bedingungen seiner Vertretungspflicht noch nicht entschieden sind. In dieser Beschränkung hat die Bestimmung des § 222 cit. innere Berechtigung und erscheint sie lediglich als eine Fortführung des der exc. imminentis evictionis zu Grunde liegenden Gedankens, wie denn auch das dem Verkäufer zur Elidirung dieser Exceptio gegebene Mittel im § 223 in allgemeiner Fassung dahin zum Ausdruck kommt: „Will der Verkäufer sich dieses nicht gefallen lassen, so muß er wegen der bevorstehenden Vertretung, nach richterlichem Ermessen, hinlängliche Sicherheit leisten." Gewährsmängel dagegen, deren Vorhandensein bereits entschieden ist, können ohne Rücksicht auf die sofortige Klarstellbarkeit einfach durch Zurückhaltung eines verhältnißmäßigen Theils des Kaufgeldes geltend gemacht werden, ohne daß es der gerichtlichen Niederlegung bedarf, und dementsprechend verfährt auch die Praxis.

Das Redhibitions- und Preisminderungsrecht macht das A. L. R. davon abhängig, daß die fehlende Eigenschaft noch nachgewährt werden kann, §§ 326—328 I 5. Hierin liegt eine wahre Klagebedingung[3]), keineswegs

---

[1]) Danach unterscheidet besonders Dernburg, Pr. Pr. II § 150 S. 392, ob der Einwand sofort liquid oder noch illiquid ist.

[2]) Vgl. bes. den Fall bei Bolze, Praxis des Reichsger. II S. 245 Nr. 994.

[3]) So richtig Förster-Eccius, Pr. Pr. I § 85, II, III, A. M. Dernburg, P. II § 144 S. 371.

aber, daß zunächst auf Nachbesserung geklagt werden müsse. Die ädilicischen Klagen sind vielmehr sofort statthaft, falls die Nachbesserung nicht oder doch nicht sofort erfolgen kann.

Rücktrittsrechte gewährt das A. L. R. bei Verträgen über Handlungen schon auf die bloße Behauptung hin, daß der Andere die Erfüllung bisher nicht contractmäßig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne, jedoch vorbehaltlich der Schadloshaltung für den Fall ungegründeten Rücktritts, §§ 408 flgd. I 5, ferner auch bei Veräußerungsgeschäften nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 396 flgd. I 5, Bestimmungen, die zwar unpraktisch, aber als eigenartige Anwendung des synallagmatischen Princips bemerkenswerth sind. Eigenthümlich ist das Rücktrittsrecht des Verkäufers, wenn der Käufer das bei der Uebergabe zahlbare Kaufgeld nicht leistet, § 230 I 11, oder wegen verzögerter Abholung bei beweglichen Sachen unter 50 Thalern, § 229 I 11. Hierzu die handelsgesetzlichen Rücktrittsrechte bei Verzug des Käufers und Verkäufers nach Art. 354 D. H. G. B. flgd. Wegen laesio enormis giebt das A. L. R. nur dem Käufer ein Anfechtungsrecht, §§ 59, 69 I 11.

Die hinkenden Verträge bewirken nach A. L. R. §§ 11—13 I 5, § 22 I 4 Pendenz der Gültigkeit des ganzen Geschäfts, während nach § 4 des Gesetzes, betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger v. 12. Juli 1875, der andere Contrahent vorweg gebunden ist, und erst durch ermangelnde Genehmigung frei wird. — Das Oesterreichische Gesetzbuch giebt dem Verkäufer das Recht, die Uebergabe der Sache zu verweigern, also eine wahre exceptio, wenn nicht zugleich das Kaufgeld bezahlt wird, § 1062, läßt wegen Gewährsmängel, die nicht mehr gehoben werden können, den Rücktritt, sonst nur Nachtrag des Fehlenden zu, § 932. Bei Verletzung über die Hälfte haben beide Theile das Rescissionsrecht, §§ 934, 1060; hinkende Verträge sind pendent, § 865. — Das Sächsische Gesetzbuch erkennt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausdrücklich als solche an, § 860, gestattet sofortigen Rücktritt wegen Verzugs bei festbestimmtem Erfüllungstermin, streicht die Anfechtung wegen Mißverhältnisses der Gegenleistung, § 864, und berechtigt bei hinkenden Verträgen zum Abgehen vom Geschäft, falls nicht die Genehmigung für den unfähigen Theil rechtzeitig erfolgt, § 787. — Aehnlich der Dresdener Entwurf, Art. 148—151, 22, und das Schweizerische Obligationenrecht, Art. 95, 123, 125, 32. Letzteres stellt bei der Wandlungsklage in's richterliche Ermessen, den Minderwerth zuzusprechen, wenn die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen, Art. 250, und giebt bei Verzug allgemein ein Rücktrittsrecht, falls der Säumige nicht binnen einer angemessenen Nachfrist sich zur Erfüllung versteht, Art. 122.

Druck von H. S. Hermann in Berlin.

Ryck, Richard

Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem Deutschen Recht mit Rü
cksicht auf particulare und fremdländische Gesetzgebung

Bd.: 2

Berlin 1887